



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

IGOR LINCON GONÇALVES DE FREITAS

**O USO DAS GRAVAÇÕES CLANDESTINAS E INTERCEPTAÇÕES
AMBIENTAIS COMO PROVA PROCESSUAL**

As lacunas da Lei nº 9.296/96 e a jurisprudência atual

Brasília

2015

IGOR LINCON GONÇALVES DE FREITAS

**O USO DAS GRAVAÇÕES CLANDESTINAS E INTERCEPTAÇÕES
AMBIENTAIS COMO PROVA PROCESSUAL**

As lacunas da Lei nº 9.296/96 e a jurisprudência atual

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília como requisito
parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Vallisney de Souza
Oliveira

Brasília

2015

IGOR LINCON GONÇALVES DE FREITAS

**O USO DAS GRAVAÇÕES CLANDESTINAS E INTERCEPTAÇÕES
AMBIENTAIS COMO PROVA PROCESSUAL**

As lacunas da Lei nº 9.296/96 e a jurisprudência atual

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília como requisito
parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Vallisney de Souza
Oliveira

Brasília, _____ de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Professor Doutor Vallisney de Souza Oliveira

Membro: Professor Doutor Ítalo Fioravanti Sabo Mendes

Membro: Professora Doutora Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende

Suplente: Professora Doutora Inez Lopes Matos Carneiro de Farias

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, minha fonte de vida, por tudo que fui agraciado e por todos os objetivos alcançados e sonhos realizados.

Agradeço também aos meus pais, Aurenice e Edilson, meu centro de força, minha maior motivação e inspiração, por todo o esforço empreendido para que eu pudesse trilhar o meu caminho e pela primeira e mais importante educação que conferiram a mim.

Aos meus irmãos, Leandro e Daniele, por todo o apoio e incentivo que sempre me deram e pela importância que têm em minha vida.

À Hérica Simões, minha namorada, minha amada, minha companheira, por toda ajuda, paciência, compreensão e por estar a cada dia ao meu lado.

A todos os meus amigos que fiz durante o curso, em especial à Jersyca Ramos, Pedro Henrique Pinheiro, Rafaella Spach e Rhael Dantas, por todos os anos de companheirismo e amizade, que foram fundamentais na busca pelos meus objetivos e por tornar minha caminhada mais prazerosa.

Aos meus amigos de vida, amigos de trabalho e ao João Victor Bispo, meu irmão que pude escolher.

A todos os professores que tive, os quais muito contribuíram para a minha formação, especialmente ao meu orientador, Vallisney, que me acompanhou ao longo deste trabalho.

E, enfim, por todos aqueles que contribuíram para que eu me tornasse quem sou.

“Não tentes ser bem sucedido,
tenta antes ser um homem de valor”
Albert Einstein

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa buscou, primeiramente, a partir da análise de alguns dos principais elementos que compõe a ciência jurídica e a dogmática processual, tais como: o processo, a atividade jurisdicional, o direito de ação e a prova; desenvolver uma noção de processo justo alinhada à necessidade de uma correta e eficaz solução de conflitos e pacificação social, seja no campo penal ou extrapenal. Diante disso, a atividade probatória surgiu como um importante meio para a consecução desse fim, tendo a questão das provas ilícitas e a necessidade de proteção aos direitos fundamentais do indivíduo constitucionalmente protegidos sido abordados com o intuito de se examinar a problemática da utilização das gravações clandestinas e interceptações ambientais como prova processual, cerne da pesquisa. Destarte, realizou-se um cotejo analítico entre o entendimento doutrinário e diversos julgados do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho acerca da possibilidade da utilização do conteúdo dessas captações como prova, do qual se conclui que não se deve, de antemão, pressupor a ilegalidade desses meios probatórios, sendo necessária uma análise casuística.

Palavras-chave: Teoria geral do processo. Provas ilícitas. Direitos fundamentais. Interceptação. Gravação de conversa.

ABSTRACT

This research study aims to, through the analysis of some of the key elements that make up the legal science and the procedural dogmatic, such as: the procedure, the judicial activity, the right of action and the evidence; develop a notion of fair procedure aligned to the need for proper and effective conflict resolution and social pacification, whether in the criminal or the extracriminal field. Therefore, the evidential activity emerged as an important path to achieve this end, having the issue of illegal evidences and the need to protect the fundamental rights of the individual that are constitutionally protected been approached in order to examine the issue of the use of clandestine recordings and environmental interceptions as procedural evidence, the very core of this research. Thus, there was an analytical comparison between the doctrinal understanding and the several decisions of the Supreme Court, the Superior Court and the Superior Labor Court about the possibility of using the content of such interceptions as evidence, whence we conclude that it should not be assumed beforehand that these items of proof are illegal, being required a case by case analysis.

Keywords: Legal process general theory. Illicit evidence. Fundamental rights. Interception. Conversation recording.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. PROCESSO E O DIREITO À PROVA.....	11
1.1 Institutos da dogmática processual.....	11
1.1.1 <i>O processo e sua significância atual</i>	11
1.1.2 <i>Atividade jurisdicional e o direito de ação</i>	15
1.1.3 <i>Processo e a Constituição</i>	19
1.1.4 <i>Unicidade processual</i>	21
1.2 Das provas.....	22
1.2.1 <i>Conceito e função da prova</i>	23
1.2.2 <i>Distinção entre meios e fontes de prova</i>	25
1.2.3 <i>Direito à prova</i>	26
1.2.4 <i>Verdade Real e Verdade Processual</i>	28
1.2.5 <i>Provas ilícitas</i>	31
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS CAPTAÇÕES DE CONVERSAS	33
2.1 Intimidade e o sigilo das comunicações.....	34
2.2 Limites ao direito à prova	38
2.3 Relatividade dos direitos fundamentais	44
2.4 Admissibilidade das provas violadoras	47
2.5 Princípio da proporcionalidade.....	52
3. LACUNAS DA LEI Nº 9.296/96 E A UTILIZAÇÃO PROBATÓRIA.	57
3.1 Aspectos conceituais	58
3.1.1 <i>Interceptação de conversa</i>	59
3.1.2 <i>Interceptação telefônica stricto sensu</i>	60
3.1.3 <i>Escuta telefônica</i>	61
3.1.4 <i>Interceptação Ambiental</i>	61
3.1.5 <i>Gravação Clandestina</i>	62
3.2 Considerações sobre a Lei nº 9.296/96	63
3.3 Lacunas da lei e a jurisprudência penal e extrapenal	72
3.3.1 <i>HC 57.961/SP</i>	75
3.3.2 <i>HC 87339/SP</i>	76
3.3.3 <i>RE 583937-RG-QO/RJ</i>	78
3.3.4 <i>RE 402717/PR</i>	79

3.3.5	<i>HC 74356/SP</i>	80
3.3.6	<i>HC 251132/RS</i>	80
3.3.7	<i>RR 294-13.2010.5.09.0653</i>	82
3.3.8	<i>RR 60800-64.2005.5.17.0181</i>	82
3.3.9	<i>Outros julgados</i>	83
3.4	<i>Considerações adicionais</i>	87
3.4.1	<i>Processo penal</i>	87
3.4.2	<i>Processo extrapenal</i>	91
	CONCLUSÃO	94
	REFERÊNCIAS	96

INTRODUÇÃO

Com o avanço tecnológico, a cada dia são desenvolvidos novos instrumentos capazes de gravar sons e imagens. Cada vez mais sofisticados, esses aparelhos podem ser operados das mais variadas formas, muitas vezes minando qualquer possibilidade de que o interlocutor, ou os interlocutores, percebam que sua conversa está sendo gravada.

Diante dessa realidade, frequentemente nos deparamos, seja em filmes ou noticiários, seja em nosso cotidiano, na rua, no trabalho, com situações em que um dos participantes de uma conversa, ou uma terceira pessoa, se fazendo da utilização desses mais diversos aparelhos, realiza a gravação de uma conversa entre presentes, ou por telefone, com o intuito de obter uma possível prova contra o interlocutor. É o caso, por exemplo, de um empregado que grava a conversa com seu empregador a fim de provar um assédio moral; como também é o caso de alguém que capta um diálogo no momento da prática de um crime, como uma extorsão; ou das mais variadas situações em que o Estado se vale desses meios na luta contra a violência e na busca pela responsabilização penal.

Em virtude dessas corriqueiras práticas, mister se faz compreender como a doutrina e jurisprudência penal e extrapenal tem interpretado e aceitado a licitude dessas gravações como prova processual e meio de concretização de um processo justo e da justiça social, haja vista não serem essas hipóteses de interferência nas comunicações disciplinadas pela Lei nº 9.296/92 (Lei das Interceptações Telefônicas) e pelo evidente conflito existente entre elas e à proteção constitucional à intimidade, à privacidade e ao sigilo das comunicações dos que têm sua conversa gravada, proteções essas que são ainda corroboradas pelo princípio estabelecido na Carta Magna que veda a admissão no processo das provas ilicitamente obtidas.

Ante a relevância social e teórica do tema, os meios de prova e sua licitude são bastante discutidos no meio jurídico. De um lado, se tem a necessidade do uso de instrumentos eficazes para a solução de controvérsias submetidas à apreciação do Estado, em especial aquelas que dificilmente teriam seus fatos comprováveis por outros meios; por outro lado, se tem os direitos fundamentais do indivíduo. Esse embate, principalmente no campo penal, adentra em uma questão que envolve o conflito entre a preservação das

liberdades públicas e a garantia da segurança pública, em um cenário em que a população acaba muitas vezes tendendo acreditar que as violações a garantias seriam sempre justificáveis em decorrência da sensação da necessidade de proteção cada vez mais latente, sendo, nesse contexto, as políticas públicas para a solução de problemas sociais cada vez mais pautadas na política criminal.

Destarte, trata-se de uma pesquisa teórico-documental em que, para a investigação e abordagem do tema em análise, utilizar-se-á o método científico indutivo, analisando-se e correlacionando-se o entendimento doutrinário com o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho no julgamento das causas relativas a utilização desses meios de prova a fim de que se possa concluir pela licitude ou não dessas técnicas.

No primeiro capítulo, serão abordados alguns dos conceitos importantes que formam a ciência jurídica e a dogmática processual e são imprescindíveis para a exata compreensão da problemática que se pretende, como é o caso das definições de processo e prova, além de outros institutos e conceitos que os cercam.

No segundo capítulo, a questão girará em torno da proteção dos direitos fundamentais e sua relação com as captações de conversas.

Por fim, o terceiro capítulo abordará a Lei nº 9.296, apresentando todos os conceitos relacionados à captação de conversa, identificando quais não são contemplados pela referida lei, além de outras considerações sobre o diploma posto em questão. Apresentar-se-á também uma série de julgados, em cotejo com posições doutrinárias, para que, enfim, se possa compreender acerca da licitude ou não da utilização dessas gravações como prova processual.

1. PROCESSO E O DIREITO À PROVA

1.1 Institutos da dogmática processual

1.1.1 O processo e sua significância atual

Preparando o terreno para o trabalho monográfico que se inicia, é primordial definir e estabelecer alguns dos conceitos importantes que formam os institutos básicos da ciência jurídica e da dogmática processual. Dessa forma, a definição sobre o que é processo e de alguns dos institutos que o cercam é o ponto de partida para que se possa depreender a extensão da atividade probatória que se pretende com essa pesquisa.

“A palavra ‘processo’ vem do verbo *procedere*, que significa avançar, caminhar em direção a um fim e por isso envolve a ideia de temporalidade, de um desenvolvimento temporal desde um ponto inicial até alcançar-se o ponto desejado”¹. Nesse sentido, para Carnelutti, processo significa, originariamente, desenvolvimento, algo que se desenvolve no tempo².

Em sentido restrito, processo, em sua concepção judicial, pode ser entendido como um encadeamento lógico de atos previamente sequenciados, um causando o outro, através dos quais se efetiva a tutela dos direitos subjetivos materiais³.

Calamandrei aponta processo como sendo uma “série de atos coordenados regulados pelo direito processual, através dos quais se lava a cabo o exercício da jurisdição”⁴. Segundo Theodoro Júnior, “esses múltiplos e sucessivos atos se intervenculam e se mantêm coesos graças à relação jurídico-processual que os justifica e lhes dá coerência pela meta final única visada: a prestação jurisdicional”⁵.

¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed., versão digital. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 27.

² CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Pena*. Trad. Enrique Figueroa Alfonso. Colonia San Rafael: Episa, 1997. p. 12.

³ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 20.

⁴ CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre El Proceso Civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografía Argentina, 1945. p. 287.

⁵ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed., versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 126.

Ainda sobre a caracterização de “processo”, explicam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

Caracterizada a insatisfação de alguma pessoa em razão de uma pretensão que não pôde ser, ou de qualquer modo não foi, satisfeita, o Estado poderá ser chamado a desempenhar a sua função jurisdicional; e ele o fará em cooperação com ambas as partes envolvidas no conflito ou com uma só delas (o demandado pode ficar revel), segundo um método de trabalho estabelecido em normas adequadas. A essa soma de atividades em cooperação e à soma de poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições que impulsionam essa atividade dá-se o nome de *processo*⁶.

Desse modo, a atividade processual, meio de solução de conflitos a partir do exercício jurisdicional pelo Estado, se faz necessária, pois:

[...] diante da complexidade com que se travam as relações sociais, é impossível evitar conflitos de interesse entre os cidadãos, ou entre estes e o próprio Estado, a respeito da interpretação dos direitos subjetivos e da fiel aplicação do direito objetivo aos casos concretos.⁷

Cintra, Grinover e Dinamarco, ao abordarem uma concepção referente à instrumentalidade do processo, colocam-no em um patamar de um instrumento a serviço da paz social, como assim também é toda atividade jurídica exercida pelo Estado⁸. Sendo assim:

Falar em *instrumentalidade do processo*, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: *sociais, políticos e jurídico*⁹.

Esse papel desempenhado pelo processo, intimamente ligado à ideia de prestação jurisdicional, como revela a própria definição de processo, tem o seu exórdio associado, sobretudo, à concepção do Estado Moderno, fortalecendo-se com o advento do Estado Contemporâneo de bem estar social:

⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 46.

⁷ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed., versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 59.

⁸ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit. p. 47.

⁹ Idem, ibidem. p. 47.

O Estado moderno repudia as bases da filosofia política liberal e pretende ser, embora sem atitudes paternalistas, “a *providência do seu povo*”, no sentido de assumir para si certas funções essenciais ligadas à vida e desenvolvimento da nação e dos indivíduos que a compõem. Mesmo na ultrapassada filosofia política liberal extremamente restritiva quanto às funções do Estado, a jurisdição esteve sempre incluída como responsabilidade estatal, uma vez que a eliminação de conflitos concorre, e muito, para a preservação e fortalecimento dos valores humanos da personalidade. E hoje, prevalecendo as ideias do *Estado social*, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um *meio efetivo* para a *realização da justiça*.¹⁰

Na mesma linha de pensamento, compreende-se que, na visão de Humberto Theodoro Júnior:

Todo o mundo ocidental de raízes romanísticas tem procurado modernizar o ordenamento positivo processual seguindo orientação mais ou menos similar, cuja preocupação dominante é a de superar a visão liberal herdada do século XIX, excessivamente individualista e pouco atenta ao resultado prático da resposta jurisdicional. A nova orientação, dominada pelos ares do Estado Social de Direito, assume compromisso, a um só tempo, com a celeridade processual e com uma justiça mais humana a ser proporcionada àqueles que clamam pela tutela jurídica¹¹.

Na lição do autor, “ideias como instrumentalidade e efetividade passaram a dar a tônica do processo contemporâneo”¹². Para ele, deve-se falar em “garantia de um processo justo”, cuja ideia ultrapasse, inclusive, a concepção de um “processo legal”, haja vista colocar, em um primeiro plano, ideias éticas que superem a de um sistemático estudo apenas de solenidades e formas do procedimento¹³. Em razão disso, “a par da regularidade formal, o

¹⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 43.

¹¹ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed., versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 64.

¹² Idem, ibidem. p. 63.

¹³ Idem, ibidem. p. 63.

processo deve adequar-se a realizar o melhor resultado concreto, em face dos desígnios do direito material”¹⁴.

Insta destacar que:¹⁵

A justiça que se busca alcançar no processo não é, naturalmente, aquela que a moral visualiza no plano subjetivo. É, isto sim, a que objetivamente corresponde à prática efetiva das garantias fundamentais previstas na ordem jurídica constitucional, e que, de maneira concreta se manifesta como o dever estatal de “assegurar tratamento isonômico às pessoas, na esfera das suas atividades privadas e públicas”.¹⁶ Proporcionar *justiça*, em juízo, consiste, nada mais nada menos, que (i)distribuir igualmente “as limitações da liberdade”, para que todos tenham protegida a própria *liberdade*; e (ii) fazer com que, sem privilégios e discriminações, seja dispensado tratamento *igual* a todos perante a lei.¹⁷

Dessa forma, na esteira dos ensinamentos de Cintra, Grinover e Dinamarco, no seio do Estado Contemporâneo de bem-estar social (*welfare state*), em que o objetivo primordial estatal passa a ser o bem comum – objetivo esse que se insere no contexto histórico da Constituição brasileira de 1988, perfazendo todo o seu texto através de valores presentes em seus princípios¹⁸ – a busca por um processo justo e, mormente, pela *justiça social* e pela *pacificação com justiça*, segundo autores, é necessária, inserindo-se, através da função jurídica do Estado¹⁹, no bojo da variada atividade estatal, a qual segue em prol desse objetivo.²⁰

Por seu turno, aponta Theodoro Júnior:

¹⁴ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed., versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 85.

¹⁵ Idem, ibidem. p. 88.

¹⁶ TAVARES, Fernando Horta. *Acesso ao direito, duração razoável do procedimento e tutela jurisdicional efetiva nas constituições brasileiras e portuguesas: um estudo comparativo*. In MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni (coords.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 267 *apud* THEODORO JR., op. cit. p. 88.

¹⁷ POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987, v. I. p. 103 e 125-126 *apud* THEODORO JR., op. cit. p. 88.

¹⁸ Como forma de elucidar, o artigo 193 da CF/88 dispõe que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sócias”, o qual ainda guarda estrita relação com os fundamentos estabelecidos no art. 1º, III e IV e com os objetivos elencados no art. 3º, I e III, da CRFB.

¹⁹ Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco, “no desempenho da sua função jurídica o Estado regula as relações intersubjetivas através de duas ordens de atividades, distintas mas intimamente relacionadas”, a legislação e a jurisdição. (*Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 45).

²⁰ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit. p. 43-44.

A Comissão de Juristas, nomeada pela Presidência do Senado, orientou-se, na elaboração do anteprojeto, pelos princípios universalmente preconizados para as leis processuais, que aspirem a dotar o Estado Democrático de Direito de um *processo justo*, e que se apresentam, na ordem constitucional, como a garantia a todos de acesso a uma tutela jurisdicional *efetiva*. Como tal entende-se aquela que, a par de viabilizar a composição dos conflitos com total adequação aos preceitos do direito material, o faça dentro de um *prazo razoável* e sob método presidido pelas exigências da *economia processual*, sempre assegurando aos litigantes o *contraditório* e a *ampla defesa* (CF, art. 5º, LXXVIII).

A propósito do ideário do *processo justo*, prevalece na consciência da civilização de nosso tempo a concepção de que um Código moderno, republicano e democrático, há de observar um “modelo social de processo”, que esteja atento às exigências da instrumentalidade, da efetividade e da presteza na promoção da tutela aos direitos subjetivos em crise. Em tal modelo, como é inegável, não podem merecer guarida as espertezas do litigante no manejo das puras técnica procedimentais e argumentativas como a causa do resultado da disputa traçada em juízo. Para o processo justo (aquele exigido pelo Estado Democrático de Direito), o mais importante é que o processo seja construído e manejado “para possibilitar a descoberta da verdade dos fatos”, de maneira que só ganhe a causa a “parte que tiver a verdade do seu lado”, esta e não a outra é a “parte que tem razão” e que, por isso, terá sua situação jurídica protegida pelo provimento Judicial.²¹ Foram esses critérios a que recorreram os encarregados da redação da peça que se converteu no Projeto Legislativo nº 166/2010 do Senado (atual Projeto de Lei nº 8.046/2010 da Câmara Federal)²² [o qual originou a Lei nº 13.105/2015, o novo CPC).

Por conseguinte, diante da importância dessa concepção, infere-se que a busca por um processo justo é o cerne do novo Código de Processo Civil, promulgado em 16 de Março de 2015.

1.1.2 Atividade jurisdicional e o direito de ação

Para que se possa elucidar o acima exposto e para uma melhor compreensão da problemática processual, se faz necessário abordar o significado de Jurisdição.

O termo “jurisdição”, em sua etimologia, originou-se de duas palavras latinas: *iures* ou *iores*, que significa direito e *dictio*, que, por sua vez, é

²¹ Souza, Miguel Teixeira de. *Um novo processo civil português: à la recherche du tem os perdu? Novos rumo da Justiça Cível*. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 2009, p. 17 *apud* THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed., versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 42.

²² THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed.. versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 42.

a ação de dizer. Destarte, o vocábulo jurisdição remete à ideia de “dizer o direito” pelo Estado, surgindo no período em que o Estado passa a ser o responsável, mediante um processo judicial, por solucionar os casos de conflitos de interesses presentes na sociedade, avocando essa responsabilidade anteriormente pertinente às partes.

Segundo Humberto Theodoro Júnior, a jurisdição é uma atividade soberana do Estado, que incumbe ao poder judiciário, com a finalidade de “manter o império da ordem jurídica e assegurar a paz social”²³, por não tolerar a justiça feita pelas próprias mãos das partes. Dessa forma, para o autor:

*Jurisdição [...] vem a ser a missão pacificadora do Estado, exercida diante das situações litigiosas. Através dela, o Estado dá solução às lides ou litígios, que são os conflitos de interesse, caracterizados por pretensões resistidas, tendo como o objetivo imediato a aplicação da lei ao caso concreto, e como missão mediata “restabelecer a paz entre os particulares e, com isso, manter a sociedade.”*²⁴

Nota-se, com o exposto, que o exercício da atividade jurisdicional pelo Estado está estritamente relacionado com a garantia fundamental do direito à ação. Segundo preceitua o art. 5º, XXXV, da CRFB/88, a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito²⁵, constituindo-se no princípio da Inafastabilidade da Jurisdição. Dessa forma, o Estado, ao monopolizar a prestação jurisdicional, está obrigado a exercê-la sempre que regularmente invocado.

Explica Theodoro Júnior:

Ao vetar a seus súditos fazer justiça pelas próprias mãos e ao assumir a *jurisdição*, o Estado não só se encarregou da tutela jurídica dos direitos subjetivos privados, como se obrigou a prestá-la sempre que regularmente invocada, estabelecendo, de tal arte, em favor do interessado, a faculdade de requerer sua intervenção sempre que se julgue lesado em seus direitos. Do monopólio da justiça decorreram duas importantes consequências, portanto:
a) a obrigação do Estado de prestar a tutela jurídica aos cidadãos; e

²³ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed., versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 59.

²⁴ Idem, ibidem. p. 59.

²⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25/08/2015.

b) um verdadeiro e distinto direito subjetivo – o direito de ação – oponível ao Estado-juiz, que se pode definir como o *direito à jurisdição*.²⁶

Semelhante é o entendimento de Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça, para quem o direito à tutela jurisdicional, ou seja, o direito de requerer um provimento jurisdicional, é determinado pelo sistema do monopólio da jurisdição, uma vez que apenas o Estado tem o condão de pacificar conflitos de interesse.²⁷ Acrescenta a autora que esse direito, equivalente ao direito de ação, “é definido como um direto subjetivo-público material, abstrato e autônomo de peticionar ao Estado-Juiz e obter uma resposta estatal em conformidade com as alegações e provas carreadas aos autos”²⁸.

Ademais, com a jurisdição, o Estado realiza, no âmbito de sua função jurídica – como também é uma função jurídica a atividade legislativa²⁹ -, uma atividade que busca:

A realização prática daquelas normas em caso de conflito entre pessoas – declarando, segundo o modelo contido nelas, qual é o preceito pertinente ao caso concreto (processo de conhecimento) e desenvolvendo medidas para que esse preceito seja realmente efetivado (processo de execução). Nesse quadro, a jurisdição é considerada uma *longa manus* da legislação, no sentido de que ela tem, entre outras finalidades, a de assegurar a prevalência do direito positivo no país.³⁰

O estado de insatisfação que enseja a intervenção do Estado por meio de sua função jurisdicional pacificadora, de solução de conflitos, onde, como exposto, o processo deve ser um meio efetivo para a concretização da

²⁶ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed., versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 136.

²⁷ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 19.

²⁸ Idem, ibidem. p. 19.

²⁹ Para os autores, o Estado, realizando, no âmbito de sua função jurídica, a atividade legislativa “estabelece as normas que, segundo a consciência dominante, devem reger as mais variadas relações, dizendo o que é lícito e o que é ilícito, atribuindo direitos, poderes, faculdades e obrigações; são normas de caráter genérico e abstrato, ditadas aprioristicamente, sem destinação particular a nenhuma pessoa e a nenhuma situação concreta; são verdadeiros *tipos*, ou modelos de conduta (desejada ou reprovada), acompanhados ordinariamente dos efeitos que seguirão à ocorrência de fatos que se adaptem às previsões”. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 44.).

³⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 44.

justiça, decorre de casos em que não há a satisfação voluntária – seja pela dúvida com relação à existência ou ao significado de determinado preceito no caso concreto, seja pela insatisfação em si de um preceito fundado neste –, mas há o estímulo, por quem tem o poder para isso através do direito de ação, para que a máquina estatal se mova e exerça de forma soberana a jurisdição³¹. Ademais, o estado de insatisfação pode ser também decorrente do estabelecido pelo ordenamento jurídico, como é o caso de pretensões penais, as quais, segundo o princípio *nulla poena sine iudicio*³², só podem ser amparadas por um processo, o qual solucionará a controvérsia existente entre o acusador, com pretensão punitiva, e a o acusado, que pretende a liberdade.³³ Por fim, os autores afirmam que esse estado também pode se originar “da omissão da satisfação por quem poderia ter satisfeito a pretensão”³⁴.

Dessa forma, com relação ao processo penal, corrobora Aury Lopes Júnior:

O Direito Penal, contrariamente ao Direito Civil, não permite, em nenhum caso, que a solução do conflito – mediante a aplicação de uma pena – se dê pela via extraprocessual. Pedida a atuação do Estado através da acusação, esse poder de atuar se transforma em “dever” de prestar de forma efetiva a tutela jurisdicional.³⁵

Sendo assim, “o exercício do poder punitivo está condicionado e é condicionante da atuação estatal. O processo penal, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para imposição da pena”³⁶.

Reforça o autor, ressaltando os conceitos apresentados:

No processo penal, a parte acusadora, titular da pretensão acusatória, invoca por meio da acusação (ação penal) que o juiz exerça a jurisdição e, ao final, se comprovada a tese acusatória, exerça o poder de punir do Estado. No momento em que o Estado substitui as partes e impede a autotutela, nasce também um dever correlato, de atuar quando a intervenção seja solicitada. O instrumento por meio do qual se

³¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 45-46.

³² Não há pena sem processo (tradução nossa).

³³ Idem, ibidem. p. 45-46.

³⁴ Idem, ibidem. p. 46.

³⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed., versão digital. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 27.

³⁶ Idem, ibidem. p. 27.

concretiza e se pode exercer o poder-dever punitivo é o processo penal.³⁷

Ante o exposto, fica evidente, em todos os ramos do processo, a forte relação entre o direito à prova e o exercício da jurisdição pelo Estado na busca pela solução de conflitos.

1.1.3 Processo e a Constituição

O direito processual, que governa a atividade jurisdicional do Estado, “informado por princípios próprios, decorrentes da função do processo e tendo esse por objeto específico [...], cria e regula o exercício dos remédios jurídicos que tornam efetivo todo o ordenamento jurídico, em todos os seus ramos”³⁸. As raízes principais dessa ciência jurídica autônoma se ligam principalmente ao direito constitucional – além de envolver suas normas com as dos demais ramos do direito –, o qual, além de estabelecer as bases do direito processual ao instituir o Poder Judiciário, criar seus órgãos, estipular garantias para a Magistratura, também estabelece princípios éticos e políticos que visam assegurar, entre outros, o acesso à justiça, a ampla defesa e o devido processo legal³⁹ - processo justo, como anteriormente defendido.

Sobre a relação do direito processual com o direito constitucional, Humberto Theodoro Júnior defende que essa relação se dá, primeiramente, pela hegemonia destes ramos sobre todos os demais, e também por ser na Constituição que se localiza os atributos e limites dessa função soberana do Estado, acrescentando:

Além disso, a Constituição traça regras sobre os direitos individuais que falam de perto ao direito processual, como a do tratamento igualitário das partes do processo (art. 5º, inc. I), a que assegura a todos o direito de submeter toda e qualquer lesão de direitos à apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, inc. XXXV), os juízos de exceção (art. 5º, XXXVII) e as provas ilícitas (art. 5º, LVI), as que garantem o devido processo legal (art. 5º, inc. LIV), o contraditório e ampla defesa (art. 5º, inc. LV), o juiz natural (art. 5º, LIII), a razoável duração do processo e os meios para assegurar a celeridade de sua tramitação (art.

³⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed., versão digital. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 27.

³⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

³⁹ Idem, ibidem. p. 53.

5º, inc. LXXVIII, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004) etc.⁴⁰

Destarte, devido a essa estreita relação entre o processo, o exercício da jurisdição e a Constituição, o juiz, na mencionada busca pelo processo justo, não deve se valer apenas das leis ordinárias em sua decisão, mas sim do ordenamento jurídico como um todo, utilizando, por conseguinte, a Constituição como base de sua atividade interpretativa e integrativa, adequando a aplicação da legislação às peculiaridades do caso concreto e “harmonizando-a com os princípios e valores adotados pela lei fundamental”⁴¹, de modo a fazer com que a aplicação da norma se dê da forma mais justa possível. Por isso, “na atual concepção do Estado Democrático de Direito, o processo não é regido apenas pelas leis processuais propriamente ditas”⁴². Destaca-se que “há toda uma sistemática normativa dentro da Constituição, que inclui o acesso à Justiça e os mecanismos do devido processo legal (processo justo) entre os direitos fundamentais (direito do homem)”⁴³.

Com efeito, ressalta-se que “processo justo recorre aos princípios constitucionais não para afastar as regras legais, mas para *otimizá-las* em sua concretização judicial”⁴⁴. Acrescenta ainda Theodoro Júnior:

A sentença [...] tem, acima de tudo, de fazer efetivos os direitos e princípios fundamentais, otimizando os critérios de interpretação e aplicação do direito, de modo a tornar o processo não apenas um instrumento de aplicação concreta das leis, mas, sim de realização da justiça prometida e assegurada pela constituição.⁴⁵

Na lição de Cândido Dinamarco, reafirmada na Exposição de Motivos do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, o processo:

Além de produzir um resultado justo, precisa ser justo em si mesmo, e portanto, na sua realização, devem ser observados aqueles *Standards* previstos na Constituição Federal, que constituem desdobramento do *due process of law*.⁴⁶

⁴⁰ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed., versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 61.

⁴¹ Idem, ibidem. p. 84.

⁴² Idem, ibidem. p. 78.

⁴³ Idem, ibidem. p. 78.

⁴⁴ Idem, ibidem. p. 89.

⁴⁵ Idem, ibidem. p. 84.

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009 *apud* Brasil. *Exposição de Motivos do anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília, Senado Federal, 2010, nota 6. Disponível em:

No campo penal, também se destaca o “processo penal como instrumento de efetivação das garantias constitucionais”⁴⁷, sendo então um meio para que se possa dar eficácia aos direitos fundamentais consagrados pelas constituições democráticas – como o direito à intimidade e ao sigilo das comunicações –, e não um mero instrumento a serviço do poder punitivo. Dessa forma, uma Constituição democrática deve estar acompanhada de um processo penal também democrático e constitucionalmente constituído, o qual servirá como instrumento que assevere as garantias constitucionais dos indivíduos.⁴⁸

Contudo, frisa Aury Lopes Jr.:

Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).⁴⁹

Posta assim a questão, é de se dizer que o processo e o direito processual, assim como os mais variados ramos do direito, guardam profunda relação com a Constituição, posto que as diretrizes processuais e a aplicação da legislação na atividade jurisdicional devem seguir os preceitos constitucionalmente estabelecidos, além do fato do processo se constituir como um mecanismo de suma importância para a concretização dos direitos assegurados pela Carta Magna.

1.1.4 Unicidade processual

Ainda no campo de estudo da dogmática processual, vale também destacar que, embora haja controvérsias⁵⁰, o direito processual, como sistema de princípios e normas para o exercício da jurisdição, é uno, assim como a jurisdição e o poder estatal a qual representa. Destarte, “a grande bifurcação

<<http://www.senado.gov.br/SENADO/NOVOCPC/PDF/ANTEPROJETO.PDF>>. Acesso em 17/11/2015.

⁴⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed., versão digital. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 28.

⁴⁸ Idem, *ibidem*. p. 28.

⁴⁹ Idem, *ibidem*. p. 29.

⁵⁰ Cf. Idem, *ibidem*. p. 37 et. seq.

entre processo civil e processo penal corresponde apenas a exigências pragmáticas relacionadas com o tipo de normas jurídico-substanciais a atuar”⁵¹.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, “o direito processual é um só, porquanto a função jurisdicional é única, qualquer que seja o ramo do direito debatido, sendo, por isso mesmo, comum a todos os seus ramos os princípios fundamentais da jurisdição e do processo”⁵². Em sua opinião, “conveniências de ordem prática” é que levam o legislador a agrupar as normas processuais em leis ou códigos específicos, conforme a natureza das regras a serem aplicadas ao conflito.⁵³

Cabe, todavia, ressaltar que, embora possa se falar em unicidade do direito processual, as vertentes processualistas também possuem características próprias que destoam uma das outras, não sendo correto pensar que as categorias jurídicas próprias do processo civil, por exemplo, podem ser transferidas e aplicadas no processo penal, nas palavras de Aury Lopes Junior, “como se fossem as roupas da irmã mais velha, cujas mangas se dobram para caber na irmã preterida”⁵⁴. Goldschmidt fala em falta de respeito quando se tem essa pretensão⁵⁵, não sendo isso que se pretende nesse trabalho.

Assim sendo, não obstante os notórios contrastes entre os ramos processualistas, é possível se falar em unicidade processual, o que por si só justificam estudos que visem a uma análise conjunta de suas vertentes.

1.2 Das provas

Para que a atividade jurisdicional do Estado represente uma plena e efetiva tutela jurídica dos direitos subjetivos e, por consequência, o processo seja um instrumento a serviço da paz social e para a realização da justiça prometida e assegurada pela Constituição, a produção e utilização dos meios de prova deverão estar inteiramente conforme a lógica processual até então

⁵¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 54.

⁵² THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed., versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 60.

⁵³ Idem, ibidem. p. 60.

⁵⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed., versão digital. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 38.

⁵⁵ Idem, ibidem. p. 38.

exposta e “com os princípios informativos que inspiram o processo moderno e que propiciam às partes a plena defesa de seus interesses e ao juiz os instrumentos necessários para a busca da verdade real, sem lesão dos direitos individuais dos litigantes.”⁵⁶

Ademais, destaca-se que, “no quadro das garantias do devido processo legal, insere-se o direito à prova”.⁵⁷

Destarte, para que se possa melhor compreender o papel da prova na busca por esses objetivos, mister se faz, primeiramente, uma análise de seu conceito e de sua função no processo.

1.2.1 *Conceito e função da prova*

Conforme lição de Tourinho Filho:

[...] a finalidade do Direito Processual, em geral, e do Direito Processual Penal, em particular, é reconhecer e estabelecer uma verdade jurídica. Tal fim se alcança por meio das provas que se produzem e se valoram segundo as normas prescritas em lei [...]. Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Provar é, enfim, demonstrar a certeza do que se diz ou alega.⁵⁸

Assim sendo, para que a sentença possa declarar o direito, garantindo que a relação de direito litigiosa seja resolvida pela correspondente regra jurídica, é preciso, antes de qualquer coisa, que o julgador se certifique acerca da verdade do fato alegado⁵⁹, o que se dará mediante a valoração probatória.

Destaca Mirabete:

Provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de

⁵⁶ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed., versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 85.

⁵⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 71.

⁵⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 32^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3. p. 226.

⁵⁹ MONTEIRO, João. *Curso de Processo Civil*. 3. ed., v. II, §122, nota 2, p.93 *apud* Theodoro Jr, op. cit. p. 591.

interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo.⁶⁰

No entendimento de Chiovenda, provar significa “formar a convicção do juiz, sobre a existência, ou não, de fatos relevantes no processo”⁶¹.

No mesmo sentido, segundo Aranha, a prova é “o conjunto de meios idôneos visando à afirmação da existência positiva ou negativa de um fato, destinado a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade, a fim de gerar sua convicção quanto à existência ou inexistência dos fatos deduzidos em juízo”⁶².

Nicola Framariano Dei Malatesta entende a prova como sendo “a relação entre a verdade e a convicção racional”⁶³.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior, dois são os sentidos em que se pode conceituar prova no processo. São eles:

- a) um *objetivo*, isto é, como o instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato [...];
- b) e outro *subjetivo*, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.⁶⁴

Com relação a essas duas concepções de prova, ressalta o autor que “não é raro a parte produzir um grande volume de instrumentos probatórios [...] e mesmo assim a sentença julgar improcedente o seu pedido por ‘falta de prova’”⁶⁵. Para o autor, isso ocorre pois, quando não há o convencimento do juiz da verdade dos fatos alegados, não há prova em seu sentido jurídico, havendo, apenas, a apresentação de elementos com os quais se pretendia provar, sem que se atingisse a verdadeira meta da prova que é convencimento do juiz.

Portanto, reforça-se o sentido de prova como sendo um instrumento pelo qual as partes buscam demonstrar a veracidade acerca do direito material alegado, a fim de que, pela formação da convicção do julgador, se obtenha um

⁶⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2008. p. 249.

⁶¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000. p. 109.

⁶² ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 5.

⁶³ MALATESTA, Nicola Framariano Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. 2. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2001. p. 90.

⁶⁴ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed., versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 591.

⁶⁵ Idem, ibidem. p. 592.

provimento jurisdicional favorável, permitindo que o órgão julgador ponha fim à lide.⁶⁶

1.2.2 *Distinção entre meios e fontes de prova*

Oportuno se torna mencionar uma distinção comum na doutrina, a saber, a distinção entre *fontes* e *meios* de provas. Neste sentido, a manifestação de Humberto Theodor Júnior que afirma:

Fonte é aquilo que se utiliza para comprovar o *fato* inspecionado (como o relato *in concreto* de uma testemunha, o efetivo conteúdo de um documento, o teor de uma confissão, ou a informação técnica prestada pelo perito). *Meio*, por fim, seriam os modos admitidos em lei genericamente para a realização da prova (como, *v.g.*, o testemunho, o documento, a confissão, a perícia, a inspeção judicial, o indício). É em relação aos *meios de prova*, que se costuma falar que o processo judicial se serve da prova documental, da prova testemunhal, da prova pericial etc.⁶⁷

Nas palavras de Grinover, Gomes Filho e Fernandes:

Pode-se, assim, distinguir entre *fonte de prova* (os fatos percebidos pelo juiz), *meio de prova* (instrumentos pelos quais os mesmos se fixam em juízo) e *objeto da prova* (o fato a ser provado, que se deduz da fonte e se introduz no processo pelo meio de prova).⁶⁸

Os meios legais de prova, no processo civil, estão previstos nos artigos 332 a 443 do CPC/73 e no capítulo XII do novo CPC, tendo início no art.369. Entretanto, são admitidos todos os meios “moralmente legítimos”, mesmo que não dispostos em lei, conforme artigo 332, CPC.⁶⁹ Corrobora esse entendimento o art. 369 do novo Código de Processo Civil, o qual dispõe que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar

⁶⁶ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 2.

⁶⁷ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed., versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 592.

⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 114.

⁶⁹ BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869compilada.htm>. Acesso em 10/08/2015.

a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.⁷⁰

Convém ponderar que, embora seja demonstrável, na teoria, a distinção entre fontes e meios de prova, na prática, tanto os juristas quanto os legisladores utilizam o termo “prova” para se referirem a ambos; assim, quando se afirma que um fato é prova de outro, refere-se à “fonte” e, quando se pronuncia, por exemplo, que a escritura pública ou a confissão são provas de certo fato, contempla-se os meios.⁷¹

Como se nota, apesar da utilização genérica do termo “prova”, entende-se que os meios de prova são, em outras palavras, os tipos de instrumentos e técnicas a serem aplicadas para a investigação dos fatos alegados no processo. Por sua vez, as fontes são os elementos que tem o viés de contribuir com informações para a formação do convencimento do julgador, requerendo uma posterior investigação para a sua apuração.

1.2.3 *Direito à prova*

O direito de ação, constitucionalmente previsto, confere aos jurisdicionados, como visto, a possibilidade de mover a máquina estatal, provocando o exercício da atividade jurisdicional pelo Estado para que se obtenha a apreciação e julgamento da pretensão postulada. E, para um efetivo exercício do direito de ação, se faz necessário garantir o direito à prova.⁷²

Apesar não estar previsto expressamente no texto constitucional, o direito à prova “decorre diretamente do direito de ação, uma vez que vige o sistema do livre convencimento motivado”⁷³. Em decorrência disso, qualquer “limitação absoluta do direito de prova viola indiretamente a garantia constitucional do direito de ação”⁷⁴.

⁷⁰ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10/08/2015.

⁷¹ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 5. ed., Bogotá: Temis, 2002, t. I, n. 63. p. 258.

⁷² MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 200. p. 1.

⁷³ Idem, ibidem. p. 1.

⁷⁴ Idem, ibidem. p. 2.

No mesmo sentido, entende Antônio Scarance Fernandes que o direito à prova está ligado estritamente ao direito de ação e de defesa. Segundo o autor:

De nada adiantaria o autor e réu o direito de trazer a juízo suas postulações se não lhe fosse proporcionada oportunidade no desenvolvimento da causa para demonstrar suas afirmações. Apresenta, em decorrência de tal ligação, a mesma natureza dos direitos de ação e de defesa, ou seja, um direito público ou cívico.⁷⁵

Ademais, o direito à prova consiste em uma faculdade da parte, não incorrendo em qualquer sanção penal ou pecuniária pelo seu não exercício. Ou seja, a parte não responde materialmente pela sua inação.⁷⁶ Nesse sentido, ressalta-se a prova como sendo um ônus, um encargo das partes, as quais não devem somente alegar, mas também provar aquilo que afirmam para que se possa obter um provimento jurisdicional favorável.⁷⁷

Esse entendimento é corroborado por Humberto Theodoro Júnior, segundo o qual:

Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.⁷⁸

Por fim, entende Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça:

O direito à prova insere-se dentro dos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, dignidade da pessoa humana, acesso irrestrito à jurisdição, entre outros, uma vez que permite às partes, titulares do direito de ação e de defesa, se manifestarem sobre as provas e contraprovas produzidas nos autos.⁷⁹

Portanto, embora não esteja expressamente previsto Constituição, o direito à prova permeia o corpo de seu texto, estando inserida no âmbito de diversas garantias constitucionais, sendo totalmente necessário, para o correto

⁷⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 72.

⁷⁶ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 200. p. 3.

⁷⁷ Idem, ibidem. p. 4.

⁷⁸ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed. versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 599.

⁷⁹ MENDONÇA, op. cit. p. 4.

deslinde do processo, que a parte faça e tenha a oportunidade de fazer bom proveito desse direito.

1.2.4 *Verdade Real e Verdade Processual*

A verdadeira meta da prova, como exposto, é a formação do convencimento do juiz acerca da veracidade dos fatos deduzidos pelas partes, para que, dessa forma, possa se garantir a solução do litígio e o provimento jurisdicional favorável.

Depreende-se dessa afirmação que o “processo moderno procura solucionar os litígios a luz da verdade *real* e é, na prova dos autos, que o juiz busca localizar essa verdade”.⁸⁰

Entretanto, por constituir-se a prova um ônus para a parte, e por não poder o Estado-juiz deixar de prestar a tutela jurisdicional, dando uma solução jurídica ao caso concreto, muitas vezes essa solução não corresponde exatamente, na prática, à verdade real.⁸¹

Como forma de elucidação, examina-se primeiro a lição de Rachel Pinheiro de Mendonça:

O direito à prova consubstancia-se em uma faculdade da parte, não havendo qualquer sanção penal ou pecuniária expressamente prevista em lei quanto ao seu descumprimento, não respondendo a parte materialmente pela sua inação. Todavia, a lei prevê o efeito da revelia, espécie do gênero contumácia, caso não haja qualquer manifestação em juízo no prazo determinado em lei, presumindo-se verdadeiros os fatos alegados pelo autor, de acordo com o artigo 319 do Código de Processo Civil.⁸² [art. 344 do CPC/15]⁸³

Em situações como ora exposta no processo civil, “onde quase sempre predomina o princípio dispositivo, que entrega a sorte da causa à diligência ou interesse da parte”⁸⁴, a parte, ao não se manifestar em juízo, ou,

⁸⁰ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed. versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 594.

⁸¹ Idem, ibidem. p. 594.

⁸² MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 3.

⁸³ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10/08/2015.

⁸⁴ THEODORO JR, op. cit. p. 599.

manifestando-se, não cuidar de usar de faculdades processuais como a prova, contribui para que a verdade real deixe de transparecer no processo. Sendo assim, não se pode culpar o juiz caso a almejada justiça pura não se concretize, sendo das partes a responsabilidade por esse esvaziamento.⁸⁵

Insta registrar que, ao se afastar os elementos trazidos pelas partes que não contribuíram para a formação da convicção plena do julgador, mesmo que tais fatos correspondam a uma “verdade real”, acarretando, por exemplo, em uma absolvição por insuficiência de provas, não há que se falar em processo injusto, na medida em que fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente e, diante disso, deve o juiz julgar conforme o provado, não conforme sua consciência. No campo penal, ressalta-se ainda que, para que haja uma condenação, o juiz não pode ter dúvidas quanto à autoria e à materialidade, tampouco quanto à tipicidade, ilicitude e culpabilidade, haja vista a adoção do princípio do *in dubio pro reo* no ordenamento jurídico brasileiro.

Isto posto, “deve-se reconhecer que o direito processual se contenta com a *verdade processual*, ou seja, aquela que aparenta ser, segundo os elementos do processo, a realidade”⁸⁶.

Para Ferrajoli, segundo lição de Aury Lopes Júnior, mais do que um “contentar-se” com a verdade processual, ao se falar em “verdade” deve prevalecer essa concepção processual em detrimento a real por estar essa “condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e garantias da defesa”, estando relacionado com a subsunção do fato à norma, apesar de todas as limitações que essa conceituação possa ter⁸⁷, normas e garantias essas que muitas vezes são ultrajadas quando se defende a busca pela verdade real.

Em contraposição a essa distinção, apesar de compreender a proeminência da verdade processual apontada por Ferrajoli, não obstante as limitações das duas acepções, advoga Aury:

Considerando que ainda (sub)existem autores e atores judiciais que sustentam a mitológica “verdade real” para

⁸⁵ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed. versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2014.. p. 593.

⁸⁶ Idem, ibidem. p. 593.

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997. p. 44 *et seq.* *apud* LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed., versão digital. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 79.

justificar suas práticas autoritárias e muitos que acreditam “resolver o problema” partindo para a verdade processual/formal, é bastante complicado fazê-los compreender que o problema está na “verdade” e não no adjetivo que a ela se une (Carnelutti). O eterno debate “verdade possível × verdade inalcançável” arrasta-se sem solução e nenhum avanço relevante gera para o processo penal. É preciso pensar um processo liberto do peso da “verdade” [...] no qual a decisão penal é construída em contraditório, dentro das regras do jogo, demarcada pela prova lícitamente produzida.⁸⁸

Prossegue o autor:

Quando se trata da prova no processo penal, culminamos por discutir também “que verdade” foi buscada no processo. Isso porque, como explicamos anteriormente, o processo penal é um “modo de construção do convencimento do juiz”, fazendo com que as limitações iminentes à prova afetem a construção e os próprios limites desse convencimento.

Daí por que de nada serve lutar pela efetivação do modelo acusatório e a máxima eficácia do sistema de garantias da Constituição, quando tudo isso esbarra na atuação substancialista de quem busca uma inalcançável “verdade real”.

Mas tampouco representa algum avanço em termos de rigor científico, a tal verdade processual ou a opção de CARNELUTTI pela “certeza jurídica”. O ponto nevrálgico está na pretensão de verdade e o que isso representa em termos de estrutura do processo.⁸⁹

Diante dessa advertência de Aury Lopes Júnior, entende-se que a ambição por uma “verdade” no processo, especialmente uma “verdade real”, pode representar uma afronta ao sistema de garantias constitucionais e à estrutura processual, pois essa pretensão busca romper com os limites estabelecidos ao direito de prova e servir como instrumento de legitimação de práticas inquisitivas, de violações aos direitos constitucionalmente protegidos dos indivíduos, adentrando-se na esfera das provas ilícitas, razões pelas quais a verdade real não pode ser utilizada como argumento para transgressões dessa ordem.

⁸⁸ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed., versão digital. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 79.

⁸⁹ Idem, ibidem. p. 409.

1.2.5 Provas ilícitas

O processo é um método de composição de litígios onde as partes têm que se submeterem ao seu regramento para que suas pretensões sejam eficazmente consideradas. Dessa forma, tem-se o preceito em que, no processo, “a mais ampla defesa lhes é assegurada, desde que feita dentro dos métodos próprios da relação processual”⁹⁰.

O direito à produção de provas, como posteriormente demonstrado, não é e nem pode ser absoluto e, como uma forma de restringir o conteúdo probatório a ser inserido no processo a fim de que esses materiais não representem violações a outros direitos e garantias constitucionais, estabelece o constituinte a vedação no processo das provas admitidas por meios ilícitos.

Dessa maneira, de acordo com Eugênio Pacelli, a norma que garante a inadmissibilidade das provas ilícitas “presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo”⁹¹.

Segundo o inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.⁹² Outrossim, dispõe o art. 157 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.690 de 2008, que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas mediante violação a normas constitucionais ou legais”⁹³.

Assim, adota-se um critério de rejeição das provas ilícitas no processo, tendo-se que “a obtenção da prova ilícita macula o seu conteúdo, tendo por consequência a inaptidão para a formação do convencimento judicial”⁹⁴.

⁹⁰ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed., versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 594.

⁹¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis 12.830, 12.850 e 12.878 todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014. p. 345.

⁹² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25/05/2015.

⁹³ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 25/05/2015.

⁹⁴ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 31.

Destaca-se que, “a prova ilícita – por qualificar-se como elemento inidôneo de informação – é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica”⁹⁵. Logo, quando a prova assim obtida é inserida no processo, não trata-se de nulidade, mas de inadmissibilidade da prova.⁹⁶

O ordenamento jurídico pátrio, como dito, proíbe a prova obtida por meios ilícitos com o propósito de proteção dos direitos fundamentais da personalidade, sendo assim, ao estabelecer a vedação, tem o ordenamento o objetivo de impor “limites aos poderes de investigação, pública e privada”, visando à proteção do indivíduo.⁹⁷

Há de se ressaltar que as provas ilícitas não devem ser confundidas com as provas ilegítimas e com as provas ilegais. As provas ilícitas, conforme Fernando Capez, são aquelas produzidas com afronta às normas de direito material, como as obtidas através de crimes ou contravenções, bem como mediante violação de normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativos, ou que afrontem princípios constitucionais.⁹⁸ Enquanto isso, provas ilegítimas, segundo Aury Lopes Júnior, as obtidas mediante violação de uma regra processual no momento da sua produção em juízo, no processo, sendo que sua proibição tem natureza somente processual, como, por exemplo, juntada fora do prazo.⁹⁹ As provas ilegais, por seu turno, são o gênero do qual são espécies as provas ilícitas e as ilegítimas.¹⁰⁰

Nota-se, dessa forma, na busca por um processo eficiente, justo e pautado nas diretrizes constitucionais, a preocupação do legislador constituinte, ao estabelecer inadmissibilidade das provas ilícitas, em preservar uma gama maior de direitos fundamentais do indivíduo, inserindo, no rol das provas destituídas de eficácia, aquelas obtidas mediante tortura, mediante

⁹⁵ BRASIL. STF. *RE 251445/GO*, Relator: Ministro CELSO DE MELLO, Decisão Monocrática, julgado em 21/06/2000, DJ 03/08/2000 PP-00068. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000048550&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 21/11/2015.

⁹⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 89.

⁹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 128-129.

⁹⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 288-289.

⁹⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed., versão digital. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 428.

¹⁰⁰ Idem, ibidem. p. 428.

procedimentos de buscas inescrupulosas ou, mesmo, mediante interceptação de cartas, gravações de conversas confidenciais, entre outras violadoras de normas constitucionais e legais.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS CAPTAÇÕES DE CONVERSAS

Os direitos individuais, indubitavelmente, são fundamentais a todo ser humano por estarem ligados estritamente à personalidade humana.¹⁰¹

De acordo com a lição de Pimenta Bueno:

Os direitos individuais, que se podem também denominar naturais, primitivos, absolutos, primordiais ou pessoais do homem, são [...] as faculdades, as prerrogativas e morais que a natureza conferiu ao homem como ser inteligente; são atributos essenciais de sua individualidade, são propriedades suas inerentes a sua personalidade, são partes integrantes da entidade humana.¹⁰²

Positivados na Constituição de 1988 e consagradores do princípio-chave¹⁰³ da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais traduzem o Estado Democrático de Direito e se orquestram como restrições à soberania do Estado, impondo limitações ao poder público, impedindo a exorbitante e excessiva atividade política do Estado.¹⁰⁴

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça relaciona a necessidade de se tutelar essas garantias em face ao desenvolvimento tecnológico e ao anseio da população pela resolução de problemas sociais a partir do processo penal:

Diante das evoluções sociais, tecnológicas e científicas dos meios sociais e de comunicação em massa, se verifica a grande tendência à violação ao direito à intimidade, fundado no interesse público de apuração da verdade real na reconstrução da verdade fática.¹⁰⁵

¹⁰¹ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 16.

¹⁰² BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958. p. 380.

¹⁰³ Segundo Rachel Pinheiro de Mendonça, “o princípio da dignidade abraça os direitos e garantias individuais, quando assegura o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, o acesso ao judiciário, o direito à prova, à contra-prova e outros mais. (*Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 26).

¹⁰⁴ MENDONÇA, op. cit. p. 16 et. seq..

¹⁰⁵ Idem, ibidem. p, 30.

Por tais razões, depreende-se que, entre os direitos individuais fundamentais constitucionalmente garantidos, a tutela à intimidade e à privacidade e ao sigilo das comunicações guarda peculiar relação com a produção probatória no contexto atual de avanços tecnológicos, em especial com as gravações de áudio, haja vista o constante conflito entre o direito à utilização dessas provas - e os limites de sua licitude - e a proteção a esses direitos na busca pelo processo justo e pela pacificação social.

2.1 Intimidade e o sigilo das comunicações

O direito à intimidade, juntamente com o direito à privacidade, encontram-se previstos no art. 5º, inciso X, o qual dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano moral decorrente da sua violação”¹⁰⁶. Assim sendo, ao inserir essas proteções no Capítulo I – “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”¹⁰⁷ – e, mais especificamente, no artigo 5º, a Constituição “erigiu, expressamente, esses valores à condição de direito individual”¹⁰⁸.

Conforme Rachel Pinheiro Andrade de Mendonça, o direito à intimidade, espécie do gênero liberdade individual, deve ser visto com um dos pilares do Estado Democrático de Direito, sendo que uma violação a esse direito pode desfigurar a ordem democrática constitucional.¹⁰⁹

Gerge Marmelstein leciona que:

A ideia básica que orienta a posituação desses valores é a de que nem o Estado nem a sociedade de modo geral devem se intrometer, indevidamente, na vida pessoal dos indivíduos. Inserem-se, nesse contexto, inúmeras prerrogativas de caráter individual-subjetivo, como o direito de buscar a paz de espírito e a tranquilidade, o direito de ser deixado só (direito ao isolamento), o direito de não ser bisbilhotado, de não ter a vida íntima e familiar devassada, de não ter detalhes pessoais

¹⁰⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25/05/2015.

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 205.

¹⁰⁹ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 27 et. seq.

divulgados, nem de ter a imagem e o nome expostos contra a vontade da pessoa.¹¹⁰

O Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática proferida no ano de 2001 em Mandato de Segurança impetrado contra a CPI/Narcotráfico acerca da alegação de que esta, ao quebrar o sigilo bancário do impetrante, teria desrespeitado a garantia constitucional da proteção à intimidade e à privacidade por não ter levado à apreciação dos parlamentares o pedido que motivou o ato, entendeu acerca desse direito constitucional:

A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE, EMBORA NÃO TENHA CARÁTER ABSOLUTO, NÃO PODE SER ARBITRARIAMENTE DESCONSIDERADA PELO PODER PÚBLICO.

- O direito à intimidade - que representa importante manifestação dos direitos da personalidade - qualifica-se como expressiva prerrogativa de ordem jurídica que consiste em reconhecer, em favor da pessoa, a existência de um espaço indevassável destinado a protegê-la contra indevidas interferências de terceiros na esfera de sua vida privada. A transposição arbitrária, para o domínio público, de questões meramente pessoais, sem qualquer reflexo no plano dos interesses sociais, tem o significado de grave transgressão ao postulado constitucional que protege o direito à intimidade, pois este, na abrangência de seu alcance, representa o "direito de excluir, do conhecimento de terceiros, aquilo que diz respeito ao modo de ser da vida privada" (HANNA ARENDT).¹¹¹

José Afonso Silva, ao abordar o tema, equipara o direito à intimidade à privacidade, afirmando que “o *direito à intimidade* é quase sempre considerado como sinônimo de *direito à privacidade*”¹¹². Entretanto, entende que:

O dispositivo [constitucional] põe, desde logo, uma questão, a de que a *intimidade* foi considerada um direito diverso dos direitos à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, quando a doutrina os reputava, com outros, manifestação daquela. De fato, a terminologia não é precisa. Por isso, preferimos usar a expressão *direito à privacidade*, num sentido genérico e amplo,

¹¹⁰ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009. p. 115.

¹¹¹ BRASIL. STF. MS 23669/DF, Relator: Ministro CELSO DE MELLO, Decisão Monocrática, julgado em 08/02/2001, DJ 14/02/2001 PP-00017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000046215&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 08/11/2015.

¹¹² SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 206.

de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou. Toma-se, pois, a privacidade como “o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito” (J. Matos Pereira. *Direito de Informação*, p. 15). A esfera da inviolabilidade, assim, é ampla, “abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo” (Moacyr de Oliveira, “Intimidade”, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 46/100.)¹¹³

Acrescenta o autor:

É também, inviolável a *vida privada* (art. 5º, X) Não é fácil distinguir *vida privada* de *intimidade*. Aquela, em última análise, integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo. Mas a Constituição não considerou assim. Deu destaque ao conceito, para que seja mais abrangente, como conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver sua própria vida. Parte da constatação de que a vida das pessoas compreende dois aspectos: um voltado para o exterior e outro para o interior. A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, por que é pública. A vida interior, que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos, é aquela que integra o conceito de *vida privada*, inviolável nos termos da Constituição.

A tutela constitucional visa proteger as pessoas de dois atentados particulares: (a) ao *segredo da vida privada*; e (b) à *liberdade da vida privada*. O segredo da vida privada é a condição de expansão da personalidade. Para tanto, é indispensável que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbação de terceiros. São duas variedades principais de atentados ao *segredo da vida privada*, nota Kayser: a *divulgação*, ou seja, o fato de levar ao conhecimento de público, ou a pelo menos de um número indeterminado de pessoas, os eventos relevantes da vida pessoal e familiar; a *investigação*, isto é, a pesquisa de acontecimentos referentes à vida pessoal e familiar; envolve-se aí também a proteção contra a *conservação* de documento relativo à pessoa, quando tenha sido obtido por meios ilícitos. O autor ressalta o fato hoje notório de que o segredo da vida privada é cada vez mais ameaçado por investigações e divulgações ilegítimas por aparelhos registradores de imagem, sons e dados, infinitamente sensíveis aos olhos e ouvidos^{114 115}.

¹¹³ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 206.

¹¹⁴ Sobre isso, cf. Pierre Kayser. La protection de la vie privée: Protection du secret de la vie privée. p. 10-12 *apud* idem, *ibidem*. p. 208.

¹¹⁵ SILVA, op. cit. p. 208.

Salienta Mendonça, com relação à equivalência entre o direito à intimidade e à privacidade, que não há consenso na doutrina, apresentando, diante disso, três correntes de posicionamentos. Segundo a autora:

A 1ª corrente sustenta que ambos os direitos se equivalem, decorrendo de uma fonte única que são os direitos da personalidade. A 2ª corrente entende que o direito à intimidade é mais restrito à personalidade anterior, enquanto o direito à privacidade seria mais amplo. Ainda há um terceiro posicionamento defendendo a tese de que o direito à intimidade abrangeria vários outros direitos e, inclusive o direito à vida privada, confundindo-se com o direito à personalidade, ao nome, à imagem, inviolabilidade de domicílio, sigilos, etc.¹¹⁶

Por sua vez, o sigilo das comunicações, decorrência lógica do direito à intimidade, haja vista que violações dessa natureza acarretam em rupturas na esfera íntima protegida do indivíduo, está previsto no art. 5º, inciso XII do texto constitucional. Sendo assim, uma vez que o sigilo das comunicações reflete a projeção do direito fundamental à inviolabilidade da intimidade, não se sujeitando, exceto por ordem judicial, à interferência de terceiros ou do Poder Público, dispõe o referido dispositivo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução penal.[.]¹¹⁷

Com relação ao conteúdo desse dispositivo, explana Mendonça:

A disposição constitucional [...] visa assegurar a tutela da intimidade, com o fim de evitar a violabilidade do sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas e de dados, apenas excepcionando no que tange às comunicações telefônicas.¹¹⁸

Em razão disso, explica Antônio Scarance Fernandes acerca da positivação dessa garantia:

¹¹⁶ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 30.

¹¹⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25/05/2015.

¹¹⁸ MENDONÇA, op. cit. p. 91-92.

Ante a necessidade de assegurar ao indivíduo a liberdade de contatar com outras pessoas sem o perigo de que o teor de sua comunicação seja utilizado como prova contra a sua pessoa, a Constituição afirma a inviolabilidade do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII).¹¹⁹

Acrescenta o autor que o objetivo dessa tutela constitucional é a proteção da informação, que deve ser mantida em segredo entre os envolvidos na comunicação, sendo que a revelação desse segredo, ou seja, o conteúdo da comunicação, constituirá a violação do sigilo das comunicações.¹²⁰

As garantias do direito à intimidade e à privacidade, como também o sigilo das comunicações, são imprescindíveis para a proteção da vida do indivíduo e de sua esfera privada, que, conforme mencionado, cada vez vai perdendo mais espaço em face do desenvolvimento tecnológico, o qual possibilita uma constante invasão no campo íntimo do indivíduo a partir da utilização de gramos telefônicos, microcâmeras, entre outros. Destarte, ressalta-se a necessidade desses direitos serem assegurados pela garantia da inviolabilidade, devendo ser devidamente protegidos de intromissões invasivas externas, a não ser que se apresente, materialmente, uma causa justa e relevante para que se entenda pela relatividade dessas garantias constitucionais.¹²¹

2.2 Limites ao direito à prova

Sendo a prova, mais que uma necessidade, um direito das partes, há de se convir que um primeiro entendimento caminhará no sentido de que se impediria qualquer limitação ou restrição à admissibilidade dos seus mais variados meios de produção.¹²²

José Calos Barbosa Moreira, à vista disso, afirma que “o direito à prova implica no plano conceptual na ampla possibilidade de utilizar quaisquer

¹¹⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 91.

¹²⁰ Idem, ibidem. p. 91.

¹²¹ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 29-30.

¹²² Idem, ibidem. p. 4.

meios probatórios disponíveis. A regra é a admissibilidade das provas e as exceções precisam ser cumpridamente justificadas”¹²³.

Entretanto, como forma de se resguardar os direitos individuais constitucionalmente protegidos e evitar que sejam demasiadamente violados, adota o ordenamento jurídico/constitucional que se restrinja, de maneira genérica, o direito à prova (ligado ao direito fundamental de ação e defesa), impondo-o limites que, quando superados, adentram no campo na prova ilícita, consoante outrora exposto.

Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes reforçam esse entendimento e acrescentam que o “direito à prova, conquanto constitucionalmente assegurado, por estar inserido nas garantias da ação e da defesa e do contraditório [...] não é absoluto, encontrando limites.”¹²⁴

Prosseguem os autores, com relação aos limites constantes no Código de Processo Penal:

São exemplos desses limites, como os impedimentos para depor de pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo (art. 207 do CPP); ou a recusa de depor consentida aos parentes e afins do acusado (art. 206 do CPP); ou as restrições à prova estabelecidas na lei civil, quando se trate do estado das pessoas (art. 155, parágrafo único, do CPP).¹²⁵

Aponta Scarance Fernandes, relacionando a prova com as invasões na vida privada e na intimidade:

O tema da prova ilícita vem ganhando espaço entre as preocupações fundamentais do direito processual moderno. Em virtude do grande desenvolvimento da tecnologia, a vida privada, a intimidade, a honra da pessoa humana tornou-se mais facilmente vulnerável. Isso impõe ao legislador cuidado para, na outorga de mecanismos hábeis a eficiente repressão à criminalidade, não autorizar invasões desnecessárias ou desmedidas na vida privada.¹²⁶

Em virtude disso, tem-se a necessidade de se delimitar o exato limite da admissibilidade das provas produzidas, apontando-se critérios capazes de

¹²³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as Provas Ilicitamente Adquiridas *in* Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 4, jul./dez. 1996. p. 101.

¹²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 123.

¹²⁵ Idem, ibidem. p. 123.

¹²⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 81.

delinear a sutil fronteira entre o direito à prova, sua admissão e valoração, e a necessidade de se respeitar as liberdades individuais, em especial o direito à intimidade, sem que uma anule a outra, haja vista ambas serem pilares do Estado Democrático de Direito.¹²⁷

Em virtude dessas considerações, importante é a lição de Humberto Theodoro Júnior. Segundo o processualista:

Há, outrossim, um *método* ou sistema processual preconizado legalmente para o emprego dos meios de prova que forma o *procedimento probatório* minuciosamente regulado pelo Código e que deve ser observado pelas partes e pelo juiz para que a apuração da verdade fática seja eficaz para fundamentar e justificar a sentença.¹²⁸

Dessa forma, uma vez que só o que consta regularmente dos autos pode ser usado para formação da convicção do juiz e, conseqüentemente, como prova para o julgamento da controvérsia¹²⁹, há um procedimento probatório, preconizado em lei, que estabelece limites à atividade probatória e que, portanto, deve ser respeitado para a utilização dos meios de prova por todos aqueles que participam do processo.

Esse procedimento probatório, ao ter consagrado na Constituição a vedação da prova ilicitamente obtida, em contraposição à livre produção probatória, coloca a proteção dos direitos individuais em um patamar superior ao do direito à prova, além ao de outros valores sociais e a de uma pretensa defesa social, visando reforçar o ideal democrático que a prepondera. Logo, a defesa social somente pode ser exercida quando conforme os critérios informadores do sistema definidos pelo legislador como parâmetros na busca pela verdade real.¹³⁰ “As regras probatórias devem ser vistas como normas de tutela da esfera pessoal: seu valor é um *valor de garantia*”¹³¹

A atividade instrutória do processo deve, então, se proceder com respeito à Constituição e aos princípios norteadores do processo. Contudo, entende Mendonça que se torna imprescindível a busca por um equilíbrio que

¹²⁷ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

¹²⁸ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed., versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 593.

¹²⁹ Idem, *ibidem*. 593.

¹³⁰ MENDONÇA, op. cit.

¹³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 124.

contemple a proteção das garantias cidadãos, mas que impeça, no processo penal, a impunidade que possa surgir em decorrência desse sistema de provas adotados¹³² e que prejudicaria a defesa social, e que também garanta, no processo civil, o melhor resultado concreto.

Segundo José Carlos Barbosa Moreira:

O problema das provas ilícitas inclui-se entre os mais árduos que a ciência processual e política legislativa têm precisado enfrentar, dada a singular relevância dos valores eventualmente em conflito. De um lado, é natural que suscite escrúpulos sérios a possibilidade de que alguém tire proveito de uma ação anti-jurídica e, em não poucos casos, antiética; de outro lado, há o interesse público de assegurar ao processo resultado justo, o qual normalmente se impõe que não se despreze elemento algum capaz de contribuir para o descobrimento da verdade. É sumamente difícil, quiçá impossível, descobrir o ponto de perfeito equilíbrio entre as duas exigências contrapostas.¹³³

Scarance Fernandes enfatiza a dificuldade de se encontrar esse equilíbrio no processo penal:

Não é fácil, contudo, atingir o ponto de equilíbrio. De um lado, é necessário armar o Estado de poderes suficientes para enfrentar a criminalidade, crescente, violenta, organizada; por outro, deve o cidadão ter garantida a sua tranquilidade, a sua intimidade, a sua imagem, e, principalmente, ser dotado de remédios eficazes para se contrapor aos excessos e abusos dos órgãos oficiais.¹³⁴

Prossegue o autor:

Não se pode, em nome da segurança social, compreender uma garantia absoluta da privacidade, do sigilo, no processo penal, mas também não se pode conceber, em homenagem ao princípio da verdade real, que a busca incontrolada e desmedida da prova possa, sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade o investigado ou o acusado em seus direitos fundamentais e no seu direito a que a prova contra si produzida seja obtida por meios lícitos.¹³⁵

Dessa forma, há que se ressaltar que, assim como os direitos individuais estampados na constituição não podem ser tidos como absolutos,

¹³² MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

¹³³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as Provas Ilicitamente adquiridas in Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 4, jul./dez. 1996. p.112.

¹³⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 81.

¹³⁵ Idem, ibidem. p. 81.

devendo ser relativizados, a limitação do direito à prova também assim não pode ser encarada, uma vez que “a limitação absoluta do direito à prova viola indiretamente a garantia constitucional do direito de ação”.¹³⁶ Sendo assim, no choque entre os valores constitucionalmente consagrados do direito à prova e a proteção de garantias individuais, corroborada pela vedação da prova ilícita, todos devem ser tratados pelo viés da relatividade e da proporcionalidade, adotando-se para isso uma interpretação teleológica e em harmonia com a unidade do sistema jurídico.¹³⁷

Insta destacar que, com relação ao emprego dos meios de prova no processo civil, encontra-se “limitações de ordem moral e jurídica”¹³⁸, haja vista que, além da vedação constituição, preconiza o Código de Processo Civil que a parte pode dispor de todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos.

Segundo entendimento de Luiz Francisco Torquato Avolio, o Direito e a Moral revelam objetivos coincidentes na maioria das vezes, sendo que “afasta-se de sua missão valorativa da conduta humana o juiz que não aplica a Moral segundo os padrões vigentes”¹³⁹.

Ademais, para o autor, ao dispor o constituinte, no inciso X, do art. 5º que é “assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação”¹⁴⁰ e por reconhecer o Código Civil, ao cuidar do ato ilícito no art. 186, a existência de uma dano moral puro, ou seja, um dano exclusivamente dessa ordem que prescinde de ofensa material, tutela-se os valores morais no plano constitucional e material, invocando-se que não se pode, portanto, negar-lhes eficácia no plano processual.¹⁴¹

Dessa forma:

O Código de Processo Civil, se por um lado mostra-se receptivo às inovações tecnológicas, ao estampar, no art. 332, regra de admissibilidade genérica dos meios de

¹³⁶ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 2.

¹³⁷ Idem, ibidem. p. 5.

¹³⁸ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 290.

¹³⁹ Idem, ibidem. p. 291.

¹⁴⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25/05/2015.

¹⁴¹ AVOLIO, op. cit. p. 292.

prova atípicos (quais sejam, os não especificados em lei), condiciona-os, contudo, à observância dos parâmetros legais e morais vigentes.¹⁴²

De acordo com Antônio Carlos de Araújo Cintra, ao comentar o conteúdo do art. 332 do CPC/73 - correspondente ao art. 369 do novo CPC:

A legitimidade moral exigida pela lei se manifesta pelo respeito à dignidade humana e pela adequação do meio de prova ao padrão ético vigente, incluindo-se nessa adequação a idoneidade para fundamentar racionalmente seus resultados. Em consequência da inadmissibilidade do meio de prova que não atender ao requisito da legitimidade moral, veda-se o seu ingresso jurídico no processo, devendo o juiz abstrai-la do conjunto probatório se, acaso, por qualquer modo, tiver sido introduzida nos autos.¹⁴³

Diante disso, “não basta, portanto, que a prova seja lícita, pois também deve ser conforme a Moral”.¹⁴⁴

Reforça esse entendimento a visão de Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes, os quais acreditam, com relação a todo e qualquer processo, que “uma outra ordem de considerações também leva à necessidade de se colocarem limites ao direito à prova: o processo só pode fazer-se dentro de uma escrupulosa regra moral, que rege a atividade do juiz e das partes.”¹⁴⁵

Luiz Francisco Torquato Avolio, de acordo com os ensinamentos de Vicente Greco Filho, cita como forma de exemplificar as provas imorais, a testemunha que exige dinheiro para poder depor e reconstituição de um ato obsceno em juízo, demonstrando, dessa forma, que tanto os meio nominados, quanto os nominados, podem se caracterizar pela imoralidade.¹⁴⁶

Ainda com relação aos critérios morais pertinentes à produção probatória – intimamente ligada à concepção de um processo justo –, explica Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça:

Devem as provas, ainda, ter estreita relação com os conceitos éticos, não devendo a sua obtenção estar ligada a um modo iníquo ou condenável [...]. Quanto aos meios de prova atípicos

¹⁴² AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 293.

¹⁴³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 4. p. 17-18.

¹⁴⁴ AVOLIO, op. cit. p. 294.

¹⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.123.

¹⁴⁶ AVOLIO, op. cit. p. 294.

decorrentes da tecnologia moderna, há que se conferir ao juiz o poder-dever de apreciá-las de acordo com o sistema processual, social e moral vigente.

Compreende-se, portanto, que o direito à produção probatória, assim como os demais direitos individuais, não pode ser tido com absoluto, inviolável, não sendo admissível qualquer um dos seus mais variados meios de produção, a julgar pela necessidade de se respeitar os limites legais e morais que visam proteger outros relevantes direitos, como também o próprio conteúdo probatório, sendo necessária a busca por um mecanismo que estabeleça o equilíbrio e defina as fronteiras entre a atividade probatória e a proteção dos direitos fundamentais.

2.3 Relatividade dos direitos fundamentais

Conforme suscitado, os direitos e garantias fundamentais consagrados, de forma não taxativa, no art. 5º da Constituição Federal não devem ser vistos como valores absolutos, superiores a qualquer princípio com que venham confrontar, haja vista que comumente esses próprios valores, no caso concreto, podem entrar em contradição entre si, sendo necessário que o julgador adote medidas para uma justa composição do conflito, “evitando o sacrifício total de um em relação aos outros”¹⁴⁷.

Em virtude disso, entende José Carlos Vieira de Andrade:

Não será novidade afirmar neste momento que os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados. Não o são na sua dimensão subjetiva, pois que os preceitos constitucionais não remetem para o arbítrio do titular a determinação do âmbito e do grau de satisfação do respectivo interesse. E, podemos dizê-lo, nunca o foram verdadeiramente, já que mesmo na época liberal individualista os direitos fundamentais (cada um dos direitos e dos direitos de cada um) tinham como limite a necessidade de assegurar aos outros o gozo dos mesmos direitos. Não o são também enquanto valores constitucionais, visto que a comunidade não se limita a reconhecer o valor da liberdade: liga os direitos a uma ideia de responsabilidade social e integra-os no conjunto dos valores comunitários. Assim, além dos limites 'internos', que resultam do conflito entre os valores que representam as diversas facetas da dignidade humana, os direitos fundamentais têm também limites 'externos', pois têm de conciliar as suas naturais exigências com as exigências próprias da vida em sociedade: a ordem pública, a ética ou moral social, a autoridade do Estado, a segurança nacional, etc. Nestes

¹⁴⁷ MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 28.

termos, poderá talvez afirmar-se que o problema dos limites dos direitos fundamentais se coloca, afinal, na maior parte dos casos, como um conflito prático entre valores - entre os valores próprios do direito ou entre esses e outros valores comunitários [...].¹⁴⁸

Os direitos fundamentais, por não serem ilimitados, encontram, em outros direitos também consagrados pela própria Constituição, os seus limites. Caso assim não fosse, haveria um verdadeiro desrespeito ao Estado Democrático¹⁴⁹, o qual, as garantias fundamentais devem sempre traduzir.

Com relação à limitação dos direitos fundamentais, o STF, em voto do Ministro Relator Celso de Mello, decidiu que, conforme a ementa:

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PODERES DE INVESTIGAÇÃO (CF, ART. 58, §3º) - LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS - LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL - POSSIBILIDADE DE A CPI ORDENAR, POR AUTORIDADE PRÓPRIA, A QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO - NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO DELIBERATIVO - DELIBERAÇÃO DA CPI QUE, SEM FUNDAMENTAÇÃO, ORDENOU MEDIDAS DE RESTRIÇÃO A DIREITOS - MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO [...].

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros[...]¹⁵⁰

Em sentido semelhante, entendem Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes:

¹⁴⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 213-214.

¹⁴⁹ MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 28.

¹⁵⁰ BRASIL. STF. MS 23452/RJ, Relator: Ministro CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em 08/11/2015. (grifo nosso)

É que os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo qual não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. As grandes linhas evolutivas dos direitos fundamentais, após o liberalismo, acentuaram a transformação dos direitos individuais em direitos do homem inseridos na sociedade. De tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado social de direito, tanto os direitos como as suas limitações.¹⁵¹

Dessa forma, em virtude da maleabilidade na interpretação dos valores constitucionais como forma de reação aos variados conflitos em que estão sujeitos e diante da unidade material da Constituição, cuja “interpretação axiológica dos princípios deve obedecer a uma estrutura predeterminada, formada por diferentes graus de concretização (diferente densidade semântica)”¹⁵², J. J. Gomes Canotilho adota o entendimento que:

O fato de a constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua que já podem existir fenômenos de tensão entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais. Considerar a constituição como uma ordem ou sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante significaria esquecer, desde logo, que ela é muitas vezes, o resultado de um compromisso entre vários actores sociais, transportadores de ideias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagônicos ou contraditórios [...] A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a consequente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental.¹⁵³

Afirma Rachel de Pinheiro que:

Tendo em vista a unidade da constituição, os diferentes graus de concretização dos princípios, bem como a diferenciação de valores conferidos a estes, consagra-se no ordenamento jurídico brasileiro, a relatividade dos princípios constitucionais e, especialmente, daquele que inadmite, absolutamente, as provas obtidas por meios ilícitos.¹⁵⁴

¹⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 123.

¹⁵² MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 15.

¹⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*: parte I. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1056.

¹⁵⁴ MENDONÇA, op. cit. p. 16.

Sendo assim, há que se ressaltar que os valores da personalidade e da dignidade humana devem ocupar um patamar quase inatingível para que não se desfigure o Estado Democrático de Direito, contudo, se fez necessário interpretá-los à luz da relatividade, uma vez que há sempre outros valores sociais, e individuais, de extrema relevância com os quais o conflito se torna muitas vezes inevitável e que também devem ser resguardados.

2.4 Admissibilidade das provas violadoras

Em virtude dos constantes avanços tecnológicos e científicos presentes na atualidade, “se verifica a grande tendência à violação ao direto à intimidade, fundado no interesse público de apuração da verdade real na reconstrução da verdade fática”¹⁵⁵, o que faz surgir diversas questões relacionadas à admissão no processo de provas violadoras dos direitos fundamentais.

Não obstante a adoção de uma interpretação relativizada dos direitos e garantias fundamentais protegidos na Constituição, frisa-se que o ordenamento continua a preservar, de um modo geral, as liberdades individuais em detrimento das defesas sociais no que tange à vedação da admissão das provas ilícitas. Entretanto, esse silogismo não é absoluto, uma vez que o próprio texto constitucional consagra uma exceção no art. 5º, XII, CRFB/88 que permite a violação do sigilo das comunicações telefônicas, por ordem judicial, exclusivamente para fins de investigação criminal ou instrução penal, sendo essa exceção regulada pela Lei nº 9296/96, conhecida também como Lei das Interceptações Telefônicas.¹⁵⁶

Explica Luiz Francisco Torquato Avolio, apontando a exceção constitucional como uma forma de amenizar a proibição das provas ilícitas e apresentando os requisitos constitucionais para uma interceptação lícita:

A Constituição de 1988 apresenta duas balizas fundamentais na matéria em estudo: de um lado, a proibição das provas ilícitas, inserida no inc. LVI do art. 5.º; de outro lado, amenizando e equilibrando, de certo modo, essa vedação, estabelece o inc. XII do mesmo artigo uma exceção à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, subordinada ao cumprimento

¹⁵⁵ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 30.

¹⁵⁶ Idem, ibidem. p. 13.

de três requisitos, que podem ser extraídos literalmente do texto constitucional. Assim, a interceptação telefônica lícita pressupõe seja realizada: 1) por ordem judicial; 2) nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, 3) para fins de investigação criminal ou instrução penal.¹⁵⁷

Contudo, adotando-se uma posição mais rígida, entender-se-ia que, exceto pela exceção consagrada na literalidade do dispositivo, realmente todas as outras formas de comunicação seriam protegidas de forma a jamais permitir violações a partir da divulgação do segredo nelas contidos. Porém, a necessidade de manter o equilíbrio entre os bens constitucionalmente protegidos não sustenta esse entendimento.¹⁵⁸

Avolio explicita as bases desse possível entendimento a favor de uma interpretação absoluta quanto à inviolabilidade das outras formas de comunicação, o qual, posteriormente, é rechaçado:

Da redação empregada pelo legislador constituinte, deflui ainda, quanto às comunicações não telefônicas, uma colocação em termos absolutos. Isso porque, no regime anterior, a norma constitucional não apresentava, na sua inteireza, qualquer exceção, limitando-se a dizer que era inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações. Ora, diversamente, a própria Constituição já estabelece expressamente a exceção, e – por força de estrita interpretação gramatical e lógica – a única exceção que pretendia impor à regra do sigilo da correspondência e das comunicações: ou seja: em relação ao sigilo destas últimas.¹⁵⁹

A interpretação do referido artigo tem gerado inúmeras divergências, principalmente em relação à extensão da expressão “no último caso”, conforme destaca George Marmelstein, o qual enxerga a última corrente, por ele apresentado, como a mais lógica delas:

Há basicamente, quatro interpretações: (a) uma restritiva, que defende que a expressão *no último caso* somente se refere às comunicações telefônicas, sendo absoluta a proteção constitucional nas demais hipóteses; (b) uma intermediária, que sustenta que a expressão *no último caso* se refere tanto às comunicações telefônicas quanto às comunicações de dados, não sendo possível a quebra do sigilo das demais modalidades de comunicação; (c) uma mais abrangente, que defende que a expressão *no último caso* significa “em situações excepcionais”, autorizando, portanto, a limitação de qualquer

¹⁵⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 169-170.

¹⁵⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 91.

¹⁵⁹ AVOLIO, op. cit. p. 170.

tipo de comunicação, desde que em hipóteses extremamente necessárias e sempre com ordem judicial para fins exclusivamente penais; (d) uma teleológica, para entender que o constituinte pretendeu, na verdade, dar proteção maior às comunicações mais íntimas, como as realizadas via telefone, as ambientais/presenciais e as que utilizam a transmissão digital da imagem e/ou voz, por exemplo, estabelecendo critérios bem mais rígidos pra a sua quebra do que nas demais hipóteses.¹⁶⁰

Destaca-se que, em virtude desses desentendimentos doutrinários, surgiram-se questionamentos acerca da constitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.296, o qual estendeu a exceção constitucional “à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”¹⁶¹, conforme posteriormente suscitado.

A despeito dessa divergência, Scarance Fernandes destaca, ainda, lacunas existentes na Constituição e na referida Lei no que tange essa permissão para violação do sigilo das comunicações:

A obtenção de prova por meio de interceptação telefônica foi autorizada no referido inc. XII do art. 5º da Constituição Federal, sendo por isso objeto de tratamento da Lei 9.296/96. Não cuidaram, contudo, a Constituição ou a referida Lei das provas colhidas pela captação de conversa por outros modos.¹⁶²

Ademais, há que se salientar que o conteúdo secreto da informação transmitida em uma comunicação é o que constitui o objeto da inviolabilidade da intimidade e das comunicações telegráficas, de dados, telefônicas e das correspondências. Em suma, o segredo não pode ser revelado. Se a revelação for feita pela própria pessoa protegida pela inviolabilidade, compreende-se facilmente que não há violação. Logo, o problema ocorre quando o destinatário da comunicação ou uma terceira pessoa é a responsável pela revelação do segredo sem a permissão do titular ou sem amparo legal, ou seja, fugindo das formas e hipóteses disciplinadas na lei.¹⁶³

¹⁶⁰ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009. p. 389.

¹⁶¹ BRASIL. *Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm>. Acesso em 10/10/2015

¹⁶² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 93.

¹⁶³ Idem, ibidem. p. 91.

Dessa forma, diante da problemática existente acerca da aceitação no processo das provas ilícitas, entendidas, nesse caso, como àquelas violadoras desses direitos fundamentais, especialmente quando na lei processual inexistente norma que declare sua inadmissibilidade, formaram-se quatro correntes fundamentais:

- 1.^a) a prova ilícita é admitida quando não houver impedimento na própria lei processual, punindo-se quem produziu a prova pelo crime eventualmente cometido (CORDEIRO, TORNAGHI, MENDONÇA LIMA);
- 2.^a) o ordenamento jurídico é uma unidade e, assim, não é possível consentir que uma prova ilícita, vedada pela Constituição ou por lei substancial, possa ser aceita no âmbito processual (NUVOLONE, FREDERICO MARQUES, FRAGOSO, PESTANA DE AGUIAR);
- 3.^a) é inadmissível a prova obtida mediante violação de norma de conteúdo constitucional porque será inconstitucional (CAPPELLETTI, VIGORITI, COMOGLIO);
- 4.^a) admi-ti-se a produção de prova obtida em violação de norma constitucional em situações excepcionais quando, no caso, objetivava-se proteger valores mais relevantes do que aqueles infringidos na colheita da prova e também constitucionalmente protegidos (BAUR, BARBOSA MOREIRA, RENATO MACIEL, HERMANO DUVAL, CAMARGO ARANHA, MONIZ ARAGÃO).¹⁶⁴

No mesmo sentido, expõe Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça:

Reflexo da discussão acirrada sobre as provas ilícitas e a sua aplicação prática, há diversos posicionamentos, tais como aqueles que admitem as provas ilícitas mas responsabilizam o infrator, aqueles que as inadmitem como base na unidade do processo, aqueles que defendem a ilicitude material e inadmissibilidade processual da prova na visão constitucional, bem como aqueles que admitem as provas ilícitas na perspectiva constitucional aliadas ao critério da proporcionalidade.¹⁶⁵

Ressalta-se que as correntes que adotam o posicionamento em favor da inadmissibilidade absoluta consideram que qualquer abrandamento à vedação das provas ilícitas deve ser repudiado, havendo-se que proteger os direitos individuais não obstante a relevância da prova ou do caso em tela.¹⁶⁶

¹⁶⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 82.

¹⁶⁵ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 57.

¹⁶⁶ Idem, ibidem. p. 10.

Fernandes, apesar de reconhecer que “a tendência atual é no sentido de vedar a produção de prova ilícita”¹⁶⁷ adere à corrente que flexibiliza a sua admissão, no caso concreto, em situações especiais de conflito com outros valores relevantes, adentrando na questão da aplicação do princípio da proporcionalidade. Tal entendimento surge, em um primeiro momento, da necessidade de se buscar, no próprio ordenamento, uma forma de resolução das várias questões decorrentes do uso como prova do conteúdo das comunicações e da necessária análise da justa causa que justifiquem violações dessa natureza:

Há então, que se buscar no ordenamento forma de resolução das diversas questões decorrentes da utilização como prova do conteúdo de comunicação. Isso é feito a partir do art. 153 do Código Penal, que, ao punir a divulgação de segredo, delimita a sua licitude. Conforme esse dispositivo, é criminosa e, portanto, ilícita, a conduta do destinatário da correspondência confidencial que, sem justa causa, divulga o seu conteúdo. Também comete infração penal e age ilicitamente aquele que, sendo detentor da correspondência, divulga o segredo nela contido. Assim, tanto o destinatário da correspondência como o terceiro que, de alguma forma, conheceu do seu conteúdo não podem revelar o segredo, exceto quando houver justa causa. A aferição da justa causa envolve a aplicação do princípio da proporcionalidade e só se justifica a utilização do conteúdo secreto como prova quando, em determinado caso, há necessidade de se dar proteção a bem de maior valor do que o preservado pelo sigilo do segredo, desde que também esteja amparado constitucionalmente.¹⁶⁸

Semelhante é o entendimento de Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça ao discorrer acerca da crescente adoção ao princípio da proporcionalidade:

Prevalece, ainda, a preservação das liberdades individuais em detrimento da defesa social, amparando a busca da verdade real a determinados limites, não obstante haja um posicionamento crescente no que tange à admissibilidade das provas ilícitas como forma de convencimento judicial, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, da razoabilidade e da teoria dos limites imanentes das normas constitucionais, onde se confere ao órgão julgador a discricionariedade na valoração das provas diante de valores em conflito.¹⁶⁹

¹⁶⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 82.

¹⁶⁸ Idem, ibidem. p. 92.

¹⁶⁹ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 11.

Em virtude dessa aplicação do critério da proporcionalidade no sentido de amenizar a vedação da ilicitude probatória, se faz necessário um ligeiro aprofundamento acerca das características desse princípio.

2.5 Princípio da proporcionalidade

Como se pode inferir, diante da relatividade dos direitos fundamentais, a aplicação do princípio da proporcionalidade, embora deva ser aplicado em situações excepcionais¹⁷⁰, se constitui em um importante mecanismo a cargo dos julgadores para dirimir os conflitos de valores constitucionais, nesse caso, em face da vedação da admissão da prova ilicitamente obtida. Isso decorre, como expressa César Dario, do fato de que “sempre será possível o sacrifício de um direito em prol de outro de igual ou superior valia, dada a relatividade dos direitos e garantias constitucionais”¹⁷¹.

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça preconiza que “dentro de um mesmo capítulo de Direitos e Garantias Fundamentais, o legislador constituinte previu diferentes hipóteses que reclamam a proteção do Estado, devendo estas, em conflito, serem valoradas”¹⁷². Acrescenta, ainda, informando que, apesar de terem as normas constitucionais hierarquia idêntica, os valores decorrentes dos princípios se diferenciam.¹⁷³

Esclarece, ainda, Torquato Avolio:

A teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância de interesses, consiste, pois, exatamente, numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto.¹⁷⁴

¹⁷⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 82.

¹⁷⁰ Idem, ibidem. p. 82.

¹⁷¹ SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 18.

¹⁷² MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 13.

¹⁷³ Idem, ibidem. p. 30.

¹⁷⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 72.

Esse princípio, ao contrário do que acontece na Constituição de muitos outros países, não está expressamente previsto em um dispositivo da Constituição Federal do Brasil, embora exista como norma esparsa que perfaz todo o texto constitucional, podendo ser constatada como um implícito fundamento de outras normas.¹⁷⁵ Ademais, destaca-se que, em sentido amplo, o princípio é tido como uma forma de se proibir o excesso, funcionando, dessa maneira, como uma limitação à arbitrariedade do Poder Executivo e preservando a esfera de liberdade individual em face dos excessos dos órgãos administrativos e judiciais.¹⁷⁶

Humberto Theodoro Júnior, diante da concepção de um processo justo, relaciona, ainda, a aplicação da proporcionalidade com a busca pelo “justo”, pela “efetividade” na prestação jurisdicional e o relaciona com todos os princípios que norteiam o direito processual atual, especialmente o devido processo legal:

Nesse âmbito de comprometimento com o “justo”, com a “correção”, com a “efetividade” e a “presteza” da prestação jurisdicional, o *due process of law* realiza, entre outras, a função de um superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento. Inspira e torna realizável a *proporcionalidade* e *razoabilidade* que deve prevalecer na vigência e harmonização de todos os princípios do direito processual de nosso tempo.¹⁷⁷

Segundo Magno Federici Gomes, a utilização do referido princípio “busca atenuar as distorções por ventura existentes entre o texto frio da lei, elaborada para o geral, [...] frente ao caso concreto, em hipóteses que a aplicação do texto da lei [...] configuraria verdadeira injustiça”.¹⁷⁸

Dessa forma, entende Scarance Fernandes que a aplicação da teoria da proporcionalidade tem como um dos objetivos “evitar a aplicação muito rígida do inc. LVI do art. 5º quando a ofensa a determinada vedação

¹⁷⁵ GOMES, Magno Federici. Artigo: Provas Ilícitas no Processo Penal *in Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Ano V, nº 30, jun./jul. 2009. p. 33.

¹⁷⁶ Idem, *ibidem*. p. 34.

¹⁷⁷ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed. versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 86

¹⁷⁸ GOMES, op. cit. p. 35.

constitucional é feita para proteção de valor maior também garantido pela Constituição”¹⁷⁹.

O autor apresenta ainda duas situações concretas que perfeitamente exemplificam a utilização do critério da proporcionalidade:

Em determinado caso, para impedir fuga de presos considerados perigosos de estabelecimento penitenciário, violou-se a correspondência desses presos, descobrindo-se que, no plano de fuga, constava o sequestro de um juiz de direito quando todos estariam reunidos em audiência em determinada comarca do Estado de São Paulo. Como a violação de correspondência é vedada pela Constituição Federal (art. 5º, XII), a aplicação rigorosa da norma constitucional impediria que pudessem ser usadas como prova as cartas interceptadas, pois, sendo obtidas por meio ilícito consistente em afronta à referida vedação constitucional, não seriam admitidas em eventual processo criminal.

Em outra situação, o réu obteve prova ilícita mediante interceptação telefônica não autorizada, em contradição, portanto, à Constituição Federal e, agora, à Lei 9.296, de 24.07.1996, mas é o único meio de que dispõe para provar sua inocência.

Seria inaceitável que o acusado fosse condenado apenas porque a demonstração de sua inocência só pôde ser realizada por meio de prova obtida de forma ilícita. Por outro lado, a proteção à vida do juiz de direito e à segurança do presídio justificariam as violações das correspondências dos presos, sendo estranho afirmar depois a impossibilidade de utilizar as cartas como prova em juízo, porque obtidas por meios ilícitos.¹⁸⁰

Diante desses casos, nota-se que não se trata de ser o princípio somente invocado a favor do acusado, quando a prova, por exemplo, de sua inocência depende de uma prova ilícita, uma vez que “a liberdade do réu, em cotejo com o direito à intimidade de terceiro, possui maior peso e significância no quadro das liberdades públicas”¹⁸¹; ou somente contra ele, servindo-se a favor da acusação. O que prega a teoria é a verificação, em cada caso concreto, se a restrição a direito fundamental é necessária, adequada e justificável com relação ao valor que se pretende proteger¹⁸², embora seja mais plausível e mais facilmente justificável a aplicação do *pro reo*, sendo, inclusive,

¹⁷⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 83.

¹⁸⁰ Idem, ibidem. p. 85.

¹⁸¹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 178.

¹⁸² FERNANDES, op. cit. p. 86.

veemente rejeitada a aplicação sob a ótica *pro societate* por parte da doutrina, uma vez que:

O risco da ponderação de interesses da licitude probatória é dado pela prevalência constante do interesse punitivo do Estado, o que traz um critério indeterminado e moveição, normalmente destinado a salvar o processo de uma anulação traumática.¹⁸³

Há, dessa forma, de se salientar uma ressalva apontada por Avolio quanto ao cotejo de valores a caracterizar a possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade. Segundo o autor, configura-se claramente um conflito hábil a aplicação do princípio, o embate, por exemplo, entre o direito à vida e o direito à intimidade ou entre o direito à liberdade e à inviolabilidade das comunicações. Entretanto, o direito à prova e busca pela verdade real pela acusação não bastam para serem oponíveis às liberdades públicas fundamentais, uma vez que a vedação probatória impede que isso ocorra. Dessa forma, para que se justifique a aplicação do princípio, outros valores constitucionais devem se juntar ao direito à prova.¹⁸⁴ “Por outro lado, se a prova ilicitamente obtida favorecer a defesa, o próprio direito de defesa pode ser usado para limitar o direito à intimidade ou correlato. Essa a conclusão mais afeita à visão constitucional do processo [...]”¹⁸⁵.

Outra ressalva importante, relativa à aplicação do princípio na esfera penal, é exposta por Aury Lopes Junior, a qual traz uma análise do Ministro Eros Grau que refuta a ideia de que os direitos individuais devam ceder frente uma suposta supremacia do interesse público:

Muito preocupante, por fim, é quando esse discurso da ‘prevalência do interesse público’ vem atrelado ao Princípio da Proporcionalidade, fazendo uma viragem discursiva para aplicá-lo onde não tem legítimo cabimento. Nesse tema, é lúcida a análise do Min. Eros Grau, no voto proferido no HC 95.009-4/SP, página 44 e SS.:

Em suma: nesse contexto político-processual, estão superadas as considerações do estilo “a supremacia do interesse público sobre o privado”. As regras do devido processo legal são verdadeiras garantias democráticas (e, obviamente, constitucionais), muito além dessa dimensão reducionista de público/privado. Trata-se de direitos fundamentais –

¹⁸³ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 210.

¹⁸⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 192.

¹⁸⁵ Idem, ibidem. p. 192.

obviamente de natureza pública, se quisermos utilizar essa categoria – limitadores da intervenção estatal.¹⁸⁶

Acredita Aury, que argumentos a favor dessa supremacia fazem parte de “uma manipulação discursiva que faz um maniqueísmo grosseiro (senão interesseiro) para legitimar e pretender justificar o abuso de poder”¹⁸⁷. Acrescenta que “os interesses em jogo – principalmente os do réu – superam muito a esfera do privado, situando-se na dimensão de direitos e garantias fundamentais”¹⁸⁸, o quais podem ser vistos sob a ótica do público.

Ademais, no tocante às provas imorais, vedadas explicitamente no ordenamento civil e que também devem ser afastadas no âmbito penal, Avolio adverte que o princípio da proporcionalidade não deve ser aplicado. Argumenta o autor:

Como adrede se procurou demonstrar, o Direito ocupa o território da Moral – é a moral sancionada. Logo, quando a prova se afigura imoral de per si, não pode ingressar em seara jurídica, que é, justamente, onde reside a arena do princípio da proporcionalidade.¹⁸⁹

Segundo lição de Antonio Carlos de Araujo Cintra:

Não tem lugar, no tocante aos meios de prova moralmente ilegítimos, as questões de inadmissibilidade por derivação e do princípio da proporcionalidade, que se discutem com relação às provas ilícitas. Não parece que a imoralidade intrínseca do meio de prova rejeitado possa contaminar outro meio de prova inoculando-lhe o mesmo vício, exatamente porque a ilegitimidade moral é interior ao meio de prova. Nem há que se falar em proporcionalidade para eventual admissão do meio de prova moralmente ilegítimo, pois sua inadmissibilidade é absoluta.¹⁹⁰

Sendo assim, depreende-se que aplicação da doutrina da proporcionalidade, também chamada de razoabilidade, teoria da preponderância dos interesses ou balanceamento, no caso, por exemplo, de uma interceptação telefônica manifestamente ilícita, quando esse é o único meio de se provar a inocência do investigado ou acusado, se faz extremante

¹⁸⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed., versão digital. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 32.

¹⁸⁷ Idem, ibidem. p. 30.

¹⁸⁸ Idem, ibidem. p. 30.

¹⁸⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 299.

¹⁹⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. IV. p. 18-19.

necessária e essencial para que se preserve, sobretudo, a liberdade a liberdade. Dessa forma, na ponderação dos valores em conflito, a tutela do direito à liberdade do indivíduo é um valor mais importante que o direito à intimidade e ao sigilo das comunicações do ofendido, devendo o primeiro prevalecer. Esse raciocínio implica em um silogismo em que a adoção do princípio da proporcionalidade em favor do réu, como sobredito, seja mais facilmente aceita na doutrina e utilizada na jurisprudência. Em contrapartida, a adoção a favor da acusação, embora possa ocorrer, merece uma análise mais meticulosa no caso concreto, sobretudo quando associado a um argumento *pro societate*, devendo-se, de antemão, ser rejeitada a justificativa de uma pretensa supremacia do interesse público.

3. LACUNAS DA LEI Nº 9.296/96 E A UTILIZAÇÃO PROBATÓRIA.

Com a promulgação da Lei nº 9.296/96, conhecida como Lei das Interceptações Telefônicas, a qual veio regulamentar a parte final do inciso XII artigo 5º, diversos questionamentos ganharam força, em especial com relação às provas colhidas pela gravação de conversas por outros modos senão os incluídos na ressalva constitucional e na lei promulgada e à possibilidade de utilização dos meios intrusivos na comunicação oral em processos que não os penais.

São vários os doutrinadores que apontam diversas falhas constantes no texto da lei e por esse modo, Avolio descreve-a como “impressionantemente lacônica em função da amplitude e da complexidade da matéria”¹⁹¹.

No presente trabalho, o ponto primordial das lacunas está no fato de que, conforme dispõe Scarance Fernandes, na parte final do art. 5º, XII e na Lei das Interceptações Telefônicas “não fica incluída a gravação de conversa por terceiro [entre presentes] ou por um dos interlocutores, à qual se aplica a regra genérica de proteção à intimidade e vida privada do inc. X do mesmo dispositivo constitucional”¹⁹².

¹⁹¹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 205.

¹⁹² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 93.

Outro ponto que gerou questionamentos, como também aponta Avolio, diz respeito à possibilidade de violação das comunicações telefônicas, pela Constituição Federal, somente para o âmbito penal:

Observa-se, ainda, que o inc.XII do art. 5º da CF limita a violação das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. A doutrina [...] pretendia conferir uma amplitude maior à interceptação telefônica, de molde a ser utilizada 'para fins de instrução processual'. Parece-nos, porém, que esse ponto de vista não ficou totalmente superado pela Constituição de 1988.¹⁹³

Sendo diversos os questionamentos em cima da redação da Lei nº 9.296/96, apontar-se-á os problemas encontrados pela doutrina, aprofundando-se na questão das gravações clandestinas e das interceptações ambientais.

3.1 Aspectos conceituais

Na lição de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes:

[...] existem várias modalidades de captação eletrônica de prova: a) a *interceptação* da conversa telefônica por terceiro, sem o conhecimento dos dois interlocutores; b) a *interceptação* da conversa telefônica por terceiro, com o conhecimento de um dos interlocutores; c) a *interceptação* da conversa entre presentes, por terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos interlocutores; d) a *interceptação* da conversa entre presentes por terceiro, com o conhecimento de um ou alguns dos interlocutores, e) a *gravação clandestina* da conversa telefônica por um dos sujeitos, sem o conhecimento do outro; f) a *gravação clandestina* da conversa pessoal e direta, entre presentes, por um dos interlocutores, sem o conhecimento do(s) outro(s).¹⁹⁴

Destarte, o conteúdo da comunicação por conversa entre duas ou mais pessoas poderá, de diversas maneiras, ser captado e utilizado como prova.¹⁹⁵ Assim sendo, para uma melhor compreensão da lei, e, principalmente, das partes não abarcadas pelo texto legal, importante se faz abordar certas definições que guardam estrita relação com a utilização desses

¹⁹³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 179.

¹⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 166.

¹⁹⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 92.

meios eletrônicos de prova, embora, algumas vezes, esses conceitos não apareçam muito bem delineados nos julgados.

3.1.1 *Interceptação de conversa*

Grinover, Fernandes e Gomes Filho definem interceptação da seguinte maneira:

Entende-se por *interceptação* a captação da conversa por um *terceiro*, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um só deles. Se o meio utilizado for o “grampeamento” do telefone, tem-se a *interceptação telefônica*; se se tratar de captação de conversa por um gravador, colocado por terceiro, tem-se a *interceptação entre presentes*, também chamada de *interceptação ambiental*.¹⁹⁶

Como destaca Avolio, “interceptação, etimologicamente, significa ‘deter na passagem’ logo, é uma conduta que só pode ser praticada por um terceiro”¹⁹⁷.

Com relação à definição de interceptação, acrescenta-se ainda:

O que importa salientar, dado o diverso tratamento jurídico conferido às *interceptações* (telefônicas ou ambientais), é que a configuração destas exige sempre a intervenção de um terceiro (a *terzietà* dos italianos), ocorrendo a escuta e/ou gravação enquanto a conversa se desenvolve: até porque, etimologicamente (de *inter capio*), interceptar quer dizer colher durante a passagem a conversa de outros. Não desfigura a natureza da interceptação o fato de um dos interlocutores saber que ela está ocorrendo. Mas, para distinguir a hipótese de interceptação sem o conhecimento dos interlocutores daquela feita com a anuência de um deles, pode-se reservar a denominação de *interceptação “stricto sensu”* à primeira, enquanto para a segunda se pode falar em *escuta*.¹⁹⁸

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça coaduna com a distinção e define que, “em sentido abrangente, a interceptação telefônica ocorre toda vez

¹⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 166.

¹⁹⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 207.

¹⁹⁸ GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, op. cit. p. 166-167.

que um terceiro, estranho à relação comunicativa, interfere e conhece o conteúdo da mensagem”¹⁹⁹.

Ressalta-se que o próprio ordenamento jurídico brasileiro coloca a execução de um terceiro como pressuposto das interceptações ao tipificar, no artigo 151, parágrafo primeiro, incisos II e III, do Código Penal²⁰⁰, a violação de comunicação telefônica utilizando-se da expressão “conversação telefônica entre outras pessoas”²⁰¹.

Portanto, ao se falar em interceptação de comunicação, de maneira ampla, abrangem-se as hipóteses de interceptação das comunicações telefônicas ou das comunicações entre presentes. Ademais, a fim de se facilitar a compreensão, adotou-se o termo interceptação *stricto sensu* para as hipóteses em que nenhum dos interlocutores conhece da interceptação e escuta para aquelas em que há anuência de algum dos participantes.

3.1.2 *Interceptação telefônica stricto sensu*

A interceptação telefônica em sentido estrito “consiste na captação da conversa por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores [...] feita por *grampeamento do telefone*”²⁰².

Destaca-se que, “se o fato for desconhecido por todos os comunicadores, a natureza da apreensão da mensagem seria a de interceptação telefônica *stricto sensu*, sendo a intimidade de todos os comunicadores violada”²⁰³.

Logo, a interceptação telefônica *stricto sensu* tem como requisitos a intervenção de um terceiro na comunicação telefônica alheia e o não consentimento por todos os comunicadores.

¹⁹⁹ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 95.

²⁰⁰ BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 10/08/2015.

²⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 167.

²⁰² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 92.

²⁰³ MENDONÇA, op. cit. p. 97.

3.1.3 *Escuta telefônica*

Escuta telefônica consiste no *grampeamento* de um telefone, por um terceiro, com o conhecimento de um dos interlocutores.²⁰⁴

Mendonça, afirmando haver dissenso na doutrina acerca da possibilidade de, na definição de interceptação telefônica, qualquer dos interlocutores terem ou não ciência da captação da conversa, esclarece que:

Com o fim de solucionar o dissenso doutrinário e objetivando facilitar o melhor entendimento e aplicação da Lei, conclui-se que, em havendo ciência de um dos interlocutores quanto à interceptação, a natureza da captação do elemento fonético seria a escuta telefônica.²⁰⁵

Infer-se que a escuta telefônica tem como requisitos a intervenção de um terceiro na comunicação telefônica alheia e o consentimento por pelo menos um dos comunicadores da referida intervenção.

3.1.4 *Interceptação Ambiental*

Segundo Antônio Scarance Fernandes, quando a interceptação é feita por um terceiro, fazendo o uso de um gravador no ambiente da conversa, configura-se a interceptação entre presentes, também denominada de interceptação ambiental.²⁰⁶

Portanto, ressalta-se, “se a referida captação tiver por instrumento um aparelho registrador e reproduzidor de sons denominado comumente de gravador, colocado no ambiente por um terceiro [...] tal conduta será chamada de interceptação ambiental”²⁰⁷.

Mendonça acrescenta, fazendo uma ressalva que, se a captação do elemento fonético por um gravador no local da comunicação tiver a ciência de um dos participantes, tratar-se-á de uma escuta ambiental, embora seja sujeita à disciplina das interceptações ambientais, conforme dissertam Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini:

Por interceptação ambiental entende-se a captação de uma conversa alheia (não telefônica), feita por um terceiro, valendo-

²⁰⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 92.

²⁰⁵ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 97.

²⁰⁶ FERNANDES, op. cit. p. 92.

²⁰⁷ MENDONÇA, op. cit. p. 97.

se de qualquer meio de gravação. Não se trata, como se percebe, de uma conversa telefônica... Se nenhum dos interlocutores sabe da captação, fala-se em interceptação ambiental em sentido estrito; se um deles tem conhecimento, fala-se em escuta ambiental.²⁰⁸

Grinover, Fernandes e Gomes Filho, não compactuando com a distinção, aprofundam a questão e adentram na previsão constitucional:

As gravações sub-reptícias de conversas entre presentes, efetuadas *por terceiro*, com o desconhecimento de todos os interlocutores ou de um deles, embora sejam *interceptações* em sentido técnico [...], no Brasil não se enquadram na disciplina do art. 5º, XII, da CF, que cuida exclusivamente da quebra do sigilo das comunicações telefônicas. Mas, desde que se trate de conversas confidenciais, as interceptações entre presentes infringem indubitavelmente o disposto no inc. X do mesmo artigo da Constituição, que protege a intimidade.²⁰⁹

Desse modo, a interceptação ambiental configura-se a partir da gravação de uma conversa entre pessoas presentes por um terceiro, podendo também ser dividida, assim como as interceptações telefônicas, em interceptação ambiental em sentido estrito, quando da inexistência de ciência por parte dos interlocutores; e escuta ambiental, quando ao menos um tem ciência da interceptação. Entretanto, não se adota, aqui, essa distinção.

3.1.5 Gravação Clandestina

Segundo Grinover, Fernandes e Gomes Filho, “quando um dos interlocutores grava sub-repticiamente sua própria conversa, telefônica ou entre presentes, não configuram interceptações, mas *gravações clandestinas*.”²¹⁰

No mesmo sentido, Fernandes destaca que “há a gravação clandestina quando um dos interlocutores grava a sua própria conversa com o outro, sem o conhecimento deste. Quando o meio utilizado para a comunicação for o telefone, existirá a gravação telefônica clandestina.”²¹¹

²⁰⁸ GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. *Interceptação Telefônica*: Lei 9.296 de 24.7.1996. São Paulo: RT, 1997. p. 111.

²⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 187.

²¹⁰ Idem, *ibidem*. p. 167 (grifo nosso).

²¹¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 92 (grifo nosso).

Seguindo com a lição de Grinover, Fernandes e Gomes Filho, a gravação em si de conversa própria não configura ato ilícito, entretanto, a divulgação do conteúdo de gravações clandestinas pode configurar violação de segredo, e, por lidar com um segredo, não se enquadraria como violação ao disposto no art. 5º, XII, da CF, assim como as interceptações ambientais, e sim como violação à intimidade, conforme inciso X do mencionado artigo:

Não se enquadra, igualmente, na garantia do art. 5.º, XII, da CF a gravação clandestina de uma conversa feita por um dos interlocutores, quer se trate de comunicação telefônica, quer se trate de comunicação entre presentes. Aqui, como visto, não se pode falar em interceptações [...], nem está em jogo o sigilo das comunicações.

A gravação em si, quando realizada por um dos interlocutores que queira documentar a conversa tida com terceiro, não configura nenhum ilícito, ainda que o interlocutor não tenha conhecimento de sua ocorrência. Mas a divulgação da conversa pode caracterizar outra afronta à intimidade, qual seja a *violação de segredo*.²¹²

Acrescenta Mendonça com relação a violação à intimidade a divulgação de gravações clandestinas:

A violação à intimidade em se tratando de gravação clandestina não se referiria a intimidade *stricto sensu* consagrada no texto constitucional [...] mas, tão-somente, ao direito de reserva inerente ao mensageiro que não quer ver o seu conteúdo fonético conhecido por qualquer pessoa.²¹³

Ressalta-se que, sendo a gravação clandestina a hipótese de captação de conversa por um dos interlocutores, seja ela telefônica ou ambiental, o conceito poderia ser ainda subdividido em outros dois: gravação clandestina telefônica e gravação clandestina ambiental.

3.2 Considerações sobre a Lei nº 9.296/96

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e diante da exceção nela prevista que permite, a partir da literalidade do dispositivo, a interferência nas comunicações telefônicas por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução penal nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, surgiu-se um primeiro questionamento acerca da possibilidade,

²¹² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 188.

²¹³ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 99.

enquanto não houvesse lei própria que previsse as hipóteses e forma das interferências, de autorizações judiciais com base no antigo Código de Telecomunicações.

Segundo Antônio Scarance Fernandes:

Com a Constituição, muito se discutiu sobre a possibilidade de o juiz autorizar interceptações telefônicas sem existência de lei própria, com base no Código de Telecomunicações. Não era o melhor entendimento, pois este Código se limita a permitir a autorização e as prescrever que a operação técnica deve ser efetuada pelos serviços das estações e postos oficiais (art. 56, § 2º).²¹⁴

Esse primeiro questionamento acarretou em diversos conflitos doutrinários e jurisprudenciais, tendo o STF decidido no Julgamento do Habeas Corpus 69.912-0 RS em 30/06/1993 que o referido Código não satisfaz a exigência constitucional, conforme ementa:

CONSTITUCIONAL. PENAL. PROVA ILÍCITA: "DEGRAVAÇÃO" DE ESCUTAS TELEFONICAS. C.F., ART. 5., XII. LEI N. 4.117, DE 1962, ART. 57, II, "E", "HABEAS CORPUS": EXAME DA PROVA. I. - O SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFONICAS PODERA SER QUEBRADO, POR ORDEM JUDICIAL, NAS HIPÓTESES E NA FORMA QUE A LEI ESTABELECE PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL OU INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL (C.F., ART. 5., XII). INEXISTÊNCIA DA LEI QUE TORNARA VIAVEL A QUEBRA DO SIGILO, DADO QUE O INCISO XII DO ART. 5. NÃO RECEPCIONOU O ART. 57, II, "E", DA LEI 4.117, DE 1962, A DIZER QUE NÃO CONSTITUI VIOLAÇÃO DE TELECOMUNICAÇÃO O CONHECIMENTO DADO AO JUIZ COMPETENTE, MEDIANTE REQUISIÇÃO OU INTIMAÇÃO DESTES. E QUE A CONSTITUIÇÃO, NO INCISO XII DO ART. 5., SUBORDINA A RESSALVA A UMA ORDEM JUDICIAL, NAS HIPÓTESES E NA FORMA ESTABELECIDAS EM LEI.²¹⁵

Nesse sentido, expressa Luiz Francisco Torquato Avolio acerca da não satisfação do Código de Telecomunicações:

O art. 57 do Código de Telecomunicações, como exposto, era bastante lacônico. Apenas dizia não constituir violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente mediante requisição ou intimação deste. Havia ainda a disposição do art. 56, § 2º, no sentido de que somente as

²¹⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 93.

²¹⁵ BRASIL. STF. HC 69912 /RS, Relator: Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/1993, DJ 26-11-1993 PP-25532 EMENT VOL-01727-02 PP-00321. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72076>>. Acesso em: 27/10/2015.

estações e postos oficiais poderiam interceptar telecomunicação.²¹⁶

Uma vez que o Código de Telecomunicações não foi recepcionado pela Constituição a legitimar autorizações judiciais para fins de interceptação telefônica, surge a necessidade de promulgação de uma lei que disciplinasse a matéria e permitisse as autorizações judiciais.

Dessa forma, em face da “edição – necessária e ineliminável – de ato legislativo que indique as hipóteses e defina as formas com que se executará essa grave providência”²¹⁷, conforme preconizado pelo Ministro Celso de Mello em voto proferido no HC 69.912-0-RS, sobreveio a Lei nº 9.296, a qual “regulou expressamente o art. 5º, XII, da Constituição, parte final, mas não cuidou da gravação clandestina, como fez o CPP italiano”²¹⁸.

Salienta-se que, antes da promulgação da Lei nº 9.296/96, fora apresentado o primitivo projeto de lei sobre interceptações e escutas telefônicas, denominado Projeto Miro Teixeira²¹⁹, sobre o qual discorre Avolio:

O projeto, como se depreende da sua Exposição de Motivos, foi o resultado dos estudos de Grupo de Trabalho formado pelo Dep. Michel Temer, Relator da Comissão Especial sobre Crime Organizado, por sua vez constituída na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Baseia-se no Anteprojeto de Ada Pellegrini Grinover, Agenor Nakazone, Antônio Scarance Fernandes, Hany Salim Dib, Rosana Chiavassa de Paula Lima e Vanderlei Aparecido Borges. Serviu-se de subsídios da doutrina e jurisprudência nacionais e estrangeiras, contidas na obra de Ada Pellegrini Grinover, e na legislação comparada mais avançada, notadamente a italiana e a alemã, preocupando-se, contudo, com a realidade brasileira.²²⁰

Entretanto, “o Projeto Miro Teixeira (Projeto de Lei nº 3.514/89 da Câmara dos deputados), após aprovação da Câmara, foi arquivado no Senado,

²¹⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 171.

²¹⁷ BRASIL. STF. HC 69912 /RS, Relator: Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/1993, DJ 26-11-1993 PP-25532 EMENT VOL-01727-02 PP-00321. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72076>>. Acesso em: 27/10/2015.

²¹⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 94.

²¹⁹ AVOLIO, op. cit. p. 182.

²²⁰ Idem, ibidem. p. 182.

nos termos regimentais, por não ter sido apreciado no decorrer da legislatura”²²¹.

O vazio legislativo e a necessidade de regulamentação da matéria a propiciar um processo justo - que forneça condições para a tutela das liberdades fundamentais e das pretensões das partes - foram, portanto, sanados somente com a edição da Lei nº 9.296 de 24/07/1996, a qual dispõe:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterá a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

§ 1º Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.

§ 2º O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido.

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Art. 6º Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

²²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 171.

§ 1º No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.

§ 2º Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

§ 3º Recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do art. 8º, ciente o Ministério Público.

Art. 7º Para os procedimentos de interceptação de que trata esta Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.

Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art. 10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 12. Revogam-se as disposições em contrário.²²²

Fernando da Costa Tourinho Filho destaca os principais pontos da lei, discriminando as principais regras a serem observadas no cumprimento da lei:

Como se cuida de medida excepcional, o legislador, ao permitir a quebra do sigilo, estabeleceu uma série de exigências. Assim, nessas interceptações, indispensável a observância das seguintes regras: 1) devem ser realizadas por determinação exclusiva do Juiz da causa para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, vedadas, de consequente, em causas cíveis; 2) podem ser determinadas de ofício, ou a requerimento da Autoridade Policial (na fase do inquérito) ou do Ministério Público (na fase do inquérito ou da instrução); 3) serão realizadas sob segredo de justiça; 4) elas não serão permitidas quando ocorrer uma das seguintes hipóteses: a) não

²²² BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm>. Acesso em 10/10/2015.

houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; b) a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; c) o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com detenção; 5) em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com indicação e qualificação dos investigados; 6) o pedido deverá conter a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados; 7) excepcionalmente o pedido pode ser formulado verbalmente (reduzindo-se a termo), desde que satisfeitos os pressupostos de admissibilidade; 8) o ato permissivo deverá ser fundamentado, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência; 9) esta deverá ser realizada dentro do espaço-tempo de 15 dias, renovável por igual período, se comprovada a indispensabilidade desse meio de prova; 10) a diligência fica a cargo da autoridade policial, podendo o órgão do Ministério Público acompanhá-la; 11) a Autoridade Policial poderá requisitar serviços técnicos especializados às concessionárias de serviços públicos, notadamente da Embratel; 12) realizada a diligência, seu resultado e eventuais transcrições serão objeto de autos apartados e que serão apensados ao inquérito, antes do relatório, ou ao processo, quanto os autos forem conclusos ao Juiz para o despacho decorrente do disposto no [...] art. 396, aplicável a qualquer procedimento; 13) será preservado o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas; 14) As gravações que não interessarem à prova serão inutilizadas, presente o órgão do Ministério Público. E para resguardar o direito à privacidade [...], a Lei 9.296/96 estabeleceu no seu art. 10 constituir crime punido com 2 a 4 anos de reclusão e multa (sem fixar o *quantum*) realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.²²³

Também fazendo considerações acerca da Lei nº 9296/96, Damásio

E. de Jesus explica, de forma a abarcar seus diversos aspectos:

Na interceptação telefônica há três protagonistas: dois interlocutores e o interceptador, que capta a conversação sem consentimento daqueles. Na escuta telefônica há também dois interlocutores e um interceptador, só que um daqueles tem conhecimento do fato. Na gravação clandestina há só dois comunicadores, sendo que um deles grava a conversação. A Lei 9296/96 é aplicável às duas primeiras formas de interceptação. Não, porém, à terceira.[...]

[...] são legítimas quando presentes os seguintes pressupostos: 1º) Ordem Judicial emanada de juiz competente para o processo-crime; 2) Escuta realizada por serviços técnicos especializados de concessionárias de serviço público; 3º) Motivação.

[...] A interceptação telefônica, como diz Ada Pellegrini Grinover, é considerada meio de apreensão imprópria de

²²³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 32ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. III. p. 258-259.

prova, uma vez que “configura operação técnica, através da qual se permite apreensão, não de uma carta ou de um documento, mas sim dos elementos fonéticos que constituem a conversa telefônica” (Escutas telefônicas, cit., O Estado de S. Paulo, n. 6). Assim, o resultado da interceptação, *i*, e., a conversa telefônica, deve ser considerado fonte de prova, cuja busca e apreensão sujeitam-se à autorização judicial, adotando-se o princípio da verificação prévia.

[...] Segundo nossa posição, não se exige que a interceptação se faça durante a ação penal, podendo ser autorizada na fase do inquérito policial ou mesmo antes de sua instauração, desde que razões a justifiquem.

[...] quanto à finalidade da escuta telefônica no processo penal, destina-se à produção de prova no que tange à demonstração da existência do fato material (conduta, resultado e nexo de causalidade), de sua ilicitude ou da culpabilidade do sujeito. [...] É discutível sua extensão a outros fins, como os de natureza cautelar (facilitar prisão em flagrante, preventiva ou decorrente de pronúncia).

[...] A norma se estende à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Informática é a ciência relativa à informação por intermédio de equipamentos e métodos do sistema de processamento de dados. Telemática é a ciência que versa sobre a informação por meio do conjunto de computador e telecomunicação (“tele” de telecomunicação + “mática” de informática). Ex: Comunicações via *modem*. Como diz o *caput* do dispositivo, trata de comunicação telefônica “de qualquer natureza”. A Carta Magna, ao excepcionar o sigilo das comunicações, não faz referência aos sistemas de informática e telemática (art. 5º, XII). Em face disso, há duas correntes a respeito de sua constitucionalidade: 1º) é inconstitucional, uma vez que a CF só admite a violação do sigilo da comunicação telefônica. [...] 2º) o dispositivo é constitucional, entendendo-se que a Carta Magna admite a interceptação de qualquer comunicação “por meio de telefone”. [...] Inclina-mo-nos pela constitucionalidade do referido parágrafo único. A Carta Magna, quando excepciona o princípio do sigilo na hipótese de “comunicações telefônicas”, não cometeria o descuido de permitir a interceptação somente no caso de conversação verbal por esse meio, *i*, e., quando usado dois aparelhos telefônicos, proibindo-a quando pretendida com finalidade de investigação criminal e prova em processo penal, nas hipóteses mais modernas. A exceção, quando menciona “comunicações telefônicas”, estende-se a qualquer forma de comunicação que empregue a via telefônica como meio, ainda que haja transferência de “dados”. É o caso do uso do *modem*. Se assim não fosse, bastaria, para burlar a permissão constitucional, “digitar” e não “falar”. A alegação de que o fluxo de comunicações cuida-se de informática ou telemática, faz-se mediante transmissão de dados não impressiona. A circunstância de a CF expressamente só abrir exceção no caso da comunicação telefônica não significa que o legislador ordinário não possa permitir a interceptação na

hipótese de transmissão de “dados”. Não há garantias constitucionais absolutas.²²⁴

Com relação à questão da constitucionalidade do referido dispositivo, importante se faz mencionar a explicação de Fernando da Costa Tourinho Filho, o qual relaciona a sua constitucionalidade com a interpretação da exceção do inciso XII do art. 5º da CF, alvo de dissensos na doutrina, conforme anteriormente explicitado. Diz o autor, acerca da exceção (“último caso”):

Não são apenas as conversas por intermédio do telefone que podem ser interceptadas, mas também, as informações passadas sem o uso da voz, isto é, transmissões de dados que se fazem via informática ou telemática. Essas comunicações passam pela Embratel ou até mesmo pela empresa polo existente em cada Estado da Federação [...] e, por isso, têm elas condições de interceptá-las.[...] Diz-se que o *último caso* ali referido pertine às comunicações telefônicas. Não nos parece. O *último caso*, pensamos, cuida “dos dados e das comunicações telefônicas”. A inviolabilidade do sigilo abrange os quatro complementos: “correspondência”, “comunicações telegráficas”, “dados” e “comunicações telefônicas”. Como o legislador constituinte queria, equilibrando os interesses do Estado e o direito à privacidade, que o legislador ordinário [...] excepcionasse a inviolabilidade de dados e comunicações telefônicas, ali no inciso XII do art. 5º, em texto perfeito, coordenou por meio da conjunção aditiva “e” os dois primeiros complementos – “correspondência” e “comunicações telegráficas” -, e fez o mesmo com os dois complementos restantes – “dados” e “comunicações telefônicas” -, formando assim dois blocos distintos, e, em seguida, por meio da vírgula, justapôs os dois últimos aos dois primeiros para mostrar que todos eles são invioláveis, mas apenas os últimos comportam ressalva. [...] A lei, a nosso juízo, não malferiu a Constituição. Dizendo a última parte do texto constitucional “de dados e das comunicações telefônicas”, não só permitiu a quebra do sigilo das comunicações de dados como também a dos dados armazenados, isto é, aqueles registrados no *winchester* ou disco rígido do computador, ou dados estáticos.²²⁵

Grinover, Fernandes e Gomes Filho firmam posicionamento pela inconstitucionalidade e, conseqüentemente, pela ilicitude das provas oriundas de interceptação de dados transmitidos via telefone, principalmente por considerarem que o texto constitucional só permite a interceptação de

²²⁴ JESUS, Damásio Evangelista de Jesus. *Código de Processo Penal Anotado*. 25. ed. versão digital. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 382-391.

²²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 32ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. III, p. 257-258.

comunicação telefônica em sentido estrito (de voz) , e por esse modo, como norma limitadora de direitos, deve ser interpretado de forma restritiva.²²⁶

Contudo, apesar de diversos autores se inclinarem pela inconstitucionalidade, entende-se que o legislador, ao estender à possibilidade de violação do sigilo das comunicações telefônicas à comunicação em sistemas de informática ou telemática, comunga com o entendimento dado à exceção por autores como Tourinho Filho e adotado pelo STF na questão de ordem da Petição 577, o qual assentou que o art. 5º, XII, da CF divide os sigilos em dois grupos, o primeiro englobando o sigilo da correspondência e comunicações telegráficas, e o segundo, o sigilo de dados e comunicações telefônicas.²²⁷

Grinover, Fernandes e Gomes Filhos destacam outros defeitos da lei, as quais demandam, em sua aplicação, diversas construções interpretativas:

O legislador não tomou posição sobre o princípio da proporcionalidade, mas deveria ao menos ter ressalvado alguma abertura ao aludido critério, como no que tange ao aproveitamento da prova ilícita *pro reo*. Assim fazia expressamente o projeto Miro Teixeira, no art. 9º.

A lei também é omissa quanto à impossibilidade de interceptação de comunicações telefônicas entre o suspeito e acusado e seu defensor, relativamente aos fatos objeto da investigação ou apuração em processo penal. Aqui, o sigilo entre advogado e patrocinado ou assistido deve ser considerado absoluto, inerente que é ao próprio exercício do direito de defesa, não podendo ceder diante do permissivo legal. Mais uma oportunidade perdida para deixar clara uma evidente consequência do princípio da proporcionalidade, que o intérprete deverá apontar. Também nesse ponto era explícito o Projeto Miro Teixeira, art. 2º. [...]

Tampouco fora resolvido, pela lei de interceptação, o problema das denominadas “provas ilícitas por derivação”, segundo a tese do rechaço dos “frutos da árvore venenosa”. Acentuávamos que, nesse ponto, a aceitar-se a teoria, seria necessário atentar para as limitações que lhe são impostas no direito comparado (pela consideração de elementos como a *independent source* e a *inevitable discovery*), excepcionando-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outras for tênue, de modo a

²²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 173.

²²⁷ BRASIL. STF. *PET 577 QO/DF*, Relator: Ministro CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/1992, DJ 23-04-1993 PP-06918 EMENT VOL-01700-01 PP-00012 RTJ VOL-00148-02 PP-00366. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86437>>. Acesso em: 07/11/2015.

não se colocarem as primeiras e secundárias numa relação de estrita causa e efeito, ou quando as provas derivadas da ilícita poderiam ser descobertas de outra maneira. Agora, o tema passou a ser objeto de previsão legal no art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP, não se admitindo as provas derivadas da ilícita, “salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras” (§ 1º), e definindo-se, de uma maneira muito imperfeita, o que se considera fonte independente. (§ 2º).²²⁸

Diante do que foi expresso, fica claro a existência de diversos problemas e lacunas no texto da Lei nº 9.296, a qual revela não ser um instrumento suficientemente hábil para a solução de todos os problemas os quais o tema suscita, exigindo do intérprete destreza na conciliação com a Constituição.

3.3 Lacunas da lei e a jurisprudência penal e extrapenal

Entre os diversos vazios da Lei das Comunicações, ressalta-se em especial, a inexistência de dispositivos que englobem todos os casos de captação das comunicações fonéticas. Diante disso, tem-se o dizer sempre expressivo de Grinover, Fernandes e Gomes filho, acerca a amplitude do artigo primeiro da Lei nº 9.296/96:

Aplica-se a lei, a teor de seu art. 1º, à “interpretação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza”. Por mais amplitude que se pretenda atribuir ao conceito, permanece ele limitado à escuta e eventual gravação de conversa telefônica, quando praticada por terceira pessoa, diversa dos interlocutores (com ou sem conhecimento de um deles [...]). Ficam excluídas do regime legislativo as gravações clandestinas [...], assim como as gravações entre presentes.²²⁹

Dessa forma, “paralelamente ao problema das interceptações, coloca-se aquele das gravações clandestinas, cuja distinção conceitual é bastante clara, como sustenta a doutrina”²³⁰.

²²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 184.

²²⁹ Idem, ibidem. p. 172.

²³⁰ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 179.

Com relação às interceptações entre presentes – amplamente considerada -, destaca os autores, que as legislações processuais modernas²³¹ tendem a conferir o mesmo tratamento dado às interceptações telefônicas, devendo-se, por isso, lamentar que a referida Lei tenha perdido a oportunidade de também regulamentar a disciplina própria das interceptações ambientais.²³² Entretanto, ressaltam:

A omissão foi – apenas em parte – suprida com a previsão da Lei 10.217, de 11 de abril de 2001, que, alterando, a Lei 9.034/95, admite, nos “ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo” (art. 1º da Lei 9.034/95), a “captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial” (art. 2, IV, da Lei 9.034/95).²³³

Ocorre que a Lei nº 9.034 de 1995²³⁴, alterada pela Lei nº 10.217²³⁵, foi posteriormente revogada pela Lei nº 12.850 de 2013, a qual dispõe sobre as Organizações Criminosas. Com a nova lei, fica autorizado, como meios de obtenção de prova, em qualquer fase da persecução penal, “captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos”²³⁶ (art. 3º, II da Lei nº 12.850/13) e a “interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica”²³⁷ (art. 3º, V da Lei nº 12.850/13) quando da investigação de organizações criminosas, definidas como:

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou

²³¹ É o caso do Código de Processo Penal italiano o qual trata das interceptações telefônicas e das interceptações entre presentes, prevendo, para ambas, a possibilidade de autorização para a realização da gravação.

²³² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 187.

²³³ Idem, ibidem. p. 187.

²³⁴ BRASIL. *Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm>. Acesso em 25/10/2015.

²³⁵ BRASIL. *Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10217.htm>. Acesso em 25/10/2015.

²³⁶ BRASIL. *Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em 25/10/2015.

²³⁷ Ibidem.

que sejam de caráter transnacional. (Art. 1º, § 1º, da Lei 12.850).²³⁸

Avolio vai mais afundo na questão das lacunas e, compartilhando do entendimento de autores como Vincente Greco Filho²³⁹, insere a escuta telefônica no rol das hipóteses não abarcadas pela lei, a qual somente englobaria as interceptações telefônicas *stricto sensu*, sendo as outras formas “irregulamentáveis no âmbito do inc. XII do art. 5º da CF”²⁴⁰:

Primeiramente, tenho que a lei poderia ter regulamentado a escuta, como bem cuidou o lamentavelmente superado projeto, vez que sua disciplina, por força da presença do fator *terzeità*, é a mesma da interceptação: interferência na comunicação entre duas pessoas. Entendo, contudo, que o novel diploma não chegou a fazê-lo, já que não se afigura lógico dar a institutos afins, porém de conteúdos distintos, a mesma disciplina, sob pena de nada se aproveitar da estabelecida e consagrada distinção doutrinária. De mais, onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir.

Sendo a nota distintiva entre as duas figuras o consentimento de uma das partes, presente apenas na escuta, esta haveria de merecer tratamento diferenciado, dada a menor dose de sacrifício da garantia da intimidade envolvida, que, no caso, resumir-se-ia à da parte que não detém conhecimento sobre a captação de suas conversas, já que a outra abriu mão, voluntariamente, da garantia do sigilo telefônico.[...]

A nosso ver, portanto, limitou-se o legislador ordinário a tratar da interceptação telefônica *strictu sensu*, ignorando a modalidade “escuta telefônica [...]

Contudo, pode o juiz autorizar a escuta [...] com base na aplicação do princípio da proporcionalidade, independentemente de previsão legal.²⁴¹

Alheio à questão da contemplação ou não das escutas, tem-se, como sobredito, que não estão incluídas na Lei das Interceptações Telefônicas, nem suficientemente em outras leis, as hipóteses de utilização de provas

²³⁸ BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em 25/10/2015.

²³⁹ CF. GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação Telefônica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 7 et.seq.

²⁴⁰ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 208.

²⁴¹ Idem, ibidem. p. 209-210.

oriundas de interceptação ambiental, quando um terceiro, utilizando-se de um gravador, capta a conversa entre pessoas presentes; e as gravações clandestinas, quando um dos interlocutores grava a própria conversa, seja por telefone, seja entre presentes. Diante dessa lacuna na legislação, mister se faz conhecer como os julgadores tem lidado com a utilização do conteúdo dessas gravações como meio de prova e qual tem sido os entendimentos apresentados nas decisões.

Todavia, há que se pontuar:

O processo penal é, sem dúvida, o palco mais dramático da condição humana. É o momento em que o homem se vê privado de toda a sua dignidade, de toda a sua intimidade, exposto aos olhos curiosos do mundo como um objeto numa vitrine. Mas a questão da intimidade e da dignidade também pode aflorar no processo civil.²⁴²

Nessa esteira, far-se-á também uma exposição de diversos julgados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do trabalho, para posterior consideração, a fim de que se possa depreender como se tem aceitado a utilização do conteúdo de gravações clandestinas e interceptações ambientais fora do processo penal.

3.3.1 HC 57.961/SP

No presente julgamento, a amásia do acusado gravou conversa telefônica com o paciente a fim de que ele viesse a confessar que ordenou o homicídio da vítima, com o qual ela mantinha relacionamento amoroso, o que de fato ocorreu. No julgamento, foi concedido o *writ* reputando-se ilícita, na concretude do caso, a prova obtida mediante a gravação de conversa, visto que não se originou com meio de defesa ou em razão de investida criminosa, o que poderia acarretar em uma exclusão da ilicitude, conforme a ementa:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 121, DO CÓDIGO PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA POR UM DOS INTERLOCUTORES. AUTOR DA GRAVAÇÃO QUE NÃO A REALIZOU PARA A PRÓPRIA DEFESA E, TAMPOUCO, EM RAZÃO DE INVESTIDA CRIMINOSA. INDEVIDA VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE. ILICITUDE DA PROVA. I - No "Supremo Tribunal, não tem voga a afirmação apodítica dessa litude

²⁴² AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 192-193.

(licitude da gravação de conversa realizada por um dos interlocutores), (...): a hipótese de gravação de comunicação telefônica própria, sem ciência do interlocutor, tem sido aqui examinada caso a caso, e ora reputada prova ilícita, por violação da privacidade (...), ora considerada lícita, se utilizada na defesa de direito do autor ou partícipe da gravação, em especial, se vítima ou destinatária de proposta criminosa de outro (...)." (cf, HC 80949-9/RJ, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 14/12/2001). II - Portanto, a análise da licitude ou não da gravação de conversa por um dos interlocutores sem a ciência do outro deve ser casuística, i.e., deve ser caso a caso. III - No caso em tela, a gravação da conversa telefônica foi realizada pela amásia do réu, tão-somente com o intuito de responsabilizá-lo pelo crime, uma vez que a vítima do homicídio era pessoa com quem ela mantinha relação amorosa. Dessa forma, como se percebe, tal prova (gravação telefônica) foi colhida com indevida violação de privacidade (art. 5º, X, da CF) e não como meio de defesa ou em razão de investida criminosa, razão pela qual deve ser reputada ilícita. Writ concedido a fim de que a prova obtida em virtude da gravação telefônica seja excluída dos autos.²⁴³

Como se pode notar, no caso em tela, a amásia, em conluio com a polícia, gravou conversa telefônica com o réu a fim de que ele confessasse a prática do crime. Ocorre que, diante da natureza da conversa, há de se concluir que essa gravação obtida, como prova penal incriminadora, viola o direito à intimidade do paciente, uma vez que, presumindo-se tratar de uma conversa confidencial, o acusado foi induzido a realizar a confissão por uma pessoa que não estava em defesa de direito próprio violado ou ameaçado – o que descaracterizaria a ilicitude da gravação. Ademais, estando a pessoa que gravou mancomunada com a polícia, o acusado deveria ter sido, ao menos, alertado do seu direito de permanecer em silêncio, devendo, portanto, ser a prova excluída dos autos, como de fato ocorrera.

3.3.2 HC 87339/SP

No caso em comento, o paciente, à época agente de segurança penitenciário, valendo-se do seu cargo, negociou, com interlocutores de presos do estabelecimento prisional onde trabalhava, regalias para os detentos, bem como a permissão da entrada de aparelhos celulares e substâncias

²⁴³ BRASIL. STJ. HC 57961/SP, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/06/2007, DJ 12/11/2007 p. 242, Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seque ncial=3184728&num_registro=200600858614&data=20071112&tipo=91&formato=HT ML >. Acesso em: 06/11/2015.

entorpecentes no estabelecimento prisional em troca da quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Decidiu-se pela aceitação da prova obtida mediante gravação de diálogo travado, em local público, no momento do recebimento do dinheiro, uma vez que, sendo a conversa realizada em local público, não se infere a expectativa de privacidade, logo, lícita a prova. Conforme trechos da ementa:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PREJUDICIALIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA BASEADA EM PROVA ILÍCITA. NÃO-OCORRÊNCIA. CONVERSA GRAVADA EM LOCAL PÚBLICO. ESCUTA AMBIENTAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-EVIDENCIADO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.[...]

2. Segunda a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a utilização de conversa gravada em local público não fere o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal (HC 74.356/SP, Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, Primeira Turma, DJ de 25/4/97).3. A restrição imposta no texto constitucional (art. 5, XII, da CF) tem por objetivo preservar a intimidade e a dignidade da pessoa, como bem jurídico privado.[...]

4. Tal restrição, entretanto, não deve prevalecer sobre o interesse público na apuração e punição de eventual delito, principalmente, cometido por funcionário público. [...]²⁴⁴

Sendo assim, depreende-se que o local da gravação clandestina ambiental é um critério importante utilizado pela doutrina e pela jurisprudência com o intuito de se caracterizar a confidencialidade ou não da conversa. Portanto, sendo a conversa realizada em local público e por uma agente público, não se pode presumir tratar de um diálogo privado, não acarretando em violação ao sigilo das comunicações ou à privacidade a gravação e, especificamente, a sua divulgação. Dessa forma, reputa-se como lícita o meio de prova.

Ressalva-se como perigosa e inadequada a afirmação de que a inviolabilidade do sigilo das comunicações não deve prevalecer sobre o interesse público na apuração e punição de delitos, podendo essa afirmação vir a legitimar um série de atrocidades perpetradas pelo Estado na persecução penal. Contudo, essa espécie de aplicação do princípio da proporcionalidade

²⁴⁴ BRASIL. STJ. HC 87339/SP, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, julgado em 14/10/2008, DJe 03/11/2008, Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seque ncial=4318196&num_registro=200701696181&data=20081103&tipo=91&formato=HT ML > acesso em 06/11/2015.

em favor da sociedade não chegou a influir no resultado do julgamento, uma vez que, como dito, a prova em questão era lícita, não necessitando da ponderação de valores.

3.3.3 RE 583937-RG-QO/RJ

Em 19/11/2009, o Supremo Tribunal Federal, vencido o voto Ministro Marco Aurélio – o qual reputa as gravações clandestinas como inconstitucionais e violadoras da boa-fé que deve haver entre aqueles que participam de um diálogo – reconheceu a repercussão geral e afirmou a admissibilidade do uso, como meio de prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores, anulando, no caso, o processo desde o indeferimento da prova admissível e ora admitida, nos termos do voto do Relator Ministro Cezar Peluso.

No caso em tela, ao recorrente havia sido imputada a prática do crime de desacato, que teve como ofendido Juiz de Direito durante audiência judicial. No curso da instrução, a defesa requereu a juntada a de uma gravação ambiental, realizada pelo réu, na aludida audiência, a qual foi indeferida.

Alegou o recorrente que “as audiências criminais são públicas, não havendo qualquer objeção legal para a sua gravação, ou qualquer menção nos autos que pudessem sugerir a decretação do segredo de justiça” e que “não existe no ordenamento qualquer limitação para gravação de colóquio interpessoal, em ambiente público, mesmo que clandestina ou sem conhecimento da gravação pelo outro interlocutor” (fls. 20-21).

O Ministro Relator afirma, ao equiparar com a validade de gravação telefônica efetivada por um dos interlocutores aceita pela Corte no RE 402717, que é consolidada a constitucionalidade do uso de gravação ambiental efetivada por um dos participantes como prova, sobretudo para defesa do réu em processo penal, salvo que não haja alguma razão jurídica específica de sigilo nem de reserva.

Diante disso, se observa na ementa:

AÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental

realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.²⁴⁵

Destarte, reafirma-se o entendimento acerca litude das provas obtidas através das gravações clandestinas realizadas por um dos interlocutores sem o conhecimento por pelo menos um dos partícipes da conversa ambiental, uma vez que essas gravações não são consideradas, a priori, como violadoras da intimidade ou privacidade. Entretanto, caso ocorra violações de preceitos constitucionais ou matérias, a prova será ilícita.

3.3.4 RE 402717/PR

Conforme mencionado no julgado anterior, o Supremo, com base no voto do Ministro Relator Cesar Peluzo, também reconheceu como lícita, desde que respeitado determinados parâmetros, a gravação telefônica clandestina, conforme se observa da ementa.

PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou.²⁴⁶

²⁴⁵ BRASIL. STF. RE 583937 QO-RG/RJ, Relator: Ministro CESAR PELUZO, julgado em 19/11/2009, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-10 PP-01741 RTJ VOL-00220- PP-00589 RJSP v. 58, n. 393, 2010, p. 181-194, Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607025>> acesso em 06/11/2015.

²⁴⁶ BRASIL. STF. RE 402717/PR, Relator: Ministro CESAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-030 DIVULG 12-02-2009 PUBLIC 13-02-2009 EMENT VOL-02348-04 PP-00650 RTJ VOL-00208-02 PP-00839 RT v. 98, n. 884, 2009, p. 507-515. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=575931>> acesso em 06/11/2015.

Assim como as gravações clandestinas ambientais, depreende-se que as gravações clandestinas de conversas telefônicas também podem ser consideradas lícitas, dado que, como afirmado no acórdão, inexistindo causa legal de sigilo ou de reserva da conversação, não há afronta aos direitos constitucionais, devendo ser admitas no processo as provas assim obtidas.

3.3.5 HC 74356/SP

Com relação às interceptações entre presentes, o STF, no julgamento do *Habeas Corpus* 74356/SP admitiu a utilização de interceptação de conversa ocorrida em local público, por considerar não haver ofensa à garantia constitucional, consoante se observa em trecho da ementa:

1. Utilização como prova, de gravação de diálogo transcorrido em local público, sem estar em causa a proibição constante do inciso XII do art. 5º da Constituição, ocorrendo ademais - fora dessa gravação - elementos probatórios suficientes para fundamentar a condenação [...].²⁴⁷

Dessa forma, as gravações de conversas ambientais realizadas por um terceiro, que se configuram como interceptações ambientais, também foram consideradas como não violadoras da privacidade e do sigilo das comunicações quando a gravação ocorre em local público.

3.3.6 HC 251132/RS

O STJ, também na decisão de um *Habeas Corpus* reconheceu a licitude de uma intervenção ambiental, a qual, embora se tenha realizado no interior de um estabelecimento prisional, ocorreu em um lugar em que não se podia, na visão dos julgadores, presumir-se a privacidade:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. NULIDADE DOS ELEMENTOS DE PROVA

²⁴⁷ BRASIL. STF. HC 74356/SP, Relator: Ministro OCTAVIO GALOTTI, Primeira Turma, julgado em 10/12/1996, DJ 25-04-1997 PP-15201 EMENT VOL-01866-03 PP-00593. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75173>>. Acesso em 07/11/2015.

COLETADOS POR MEIO DE INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA EM PRESÍDIO. 3. VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE INTIMIDADE E PRIVACIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE GARANTIAS ABSOLUTAS. APLICAÇÃO DO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE. 4. SENTENÇA DE PRONÚNCI BASEADA EM OUTRAS PROVAS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO CONCRETO. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.[...]

2. A comunicação - e se está examinando a comunicação entre pessoas presas - merece respeito, devendo ser resguardado o direito fundamental à intimidade. No entanto, na ordem constitucional pátria não existem garantias ou direitos absolutos, que possam ser exercidos a qualquer tempo e sob quaisquer circunstâncias. No plano da realidade concreta, diante de situações de incompatibilidade entre dois ou mais direitos fundamentais, mostra-se imperiosa a efetiva compreensão e aplicação do postulado da proporcionalidade ou razoabilidade.

3. Na espécie - em que, ao que tudo indica, os crimes foram praticados por organização criminosa especializada no tráfico de drogas, contando com a participação e auxílio de agentes penitenciários, motivados os réus pela disputa por pontos de venda de entorpecentes -, a autoridade policial e o Poder Judiciário, embora necessariamente jungidos pelo Direito, devem ter sua atuação menos obstada, sendo necessária exegese que combine os direitos do acusado aos princípios, também constitucionais e fundamentais, da integridade estatal, da promoção do bem de todos e da segurança pública. Precedentes.

4. Além disso, não demonstrou a defesa o efetivo prejuízo decorrente do procedimento adotado pela autoridade policial, pois além de o vaso sanitário em que posicionado o gravador estar fixado no exterior das celas, sendo as conversas desenvolvidas espontaneamente e em voz alta entre os acusados, que não estavam sozinhos no local, o teor das comunicações não foi relevante para a prolação da sentença de pronúncia, que se baseou, notadamente, nos depoimentos das testemunhas e nas interceptações telefônicas. Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido.²⁴⁸

Nota-se, com o presente julgado, que o STJ coaduna com o entendimento do STF para as interceptações entre presentes.

²⁴⁸ BRASIL. STJ. HC 251132/RS, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, julgado em 25/02/2014, DJe 07/03/2014 RSTJ vol. 234 p. 550. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seque ncial=32723062&num_registro=201201672003&data=20140307&tipo=51&formato=HT ML >. Acesso em 06/11/2015.

3.3.7 RR 294-13.2010.5.09.0653

O Tribunal Superior do Trabalho, seguindo o entendimento do STF, aceitou como prova a gravação de conversa por um dos interlocutores a fim de configurar assédio moral, conforme trecho da ementa:

[...] II - RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. 1. GRAVAÇÃO DE CONVERSA POR UM DOS INTERLOCUTORES. COMPROVAÇÃO DOS FATOS EM JUÍZO. LICITUDE DA PROVA. A gravação de conversa por um dos interlocutores destinada à comprovação de fatos em juízo, desde que ausente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação, não se confunde com interceptação telefônica, despidendo-se de qualquer mácula de ilicitude. Precedentes desta Corte e do E. STF. Recurso de revista conhecido e desprovido. 2. ASSÉDIO MORAL. CONFIGURAÇÃO. 2.1. Não há que se cogitar de ofensa aos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC, quando o julgador, analisando a prova autos, decide pela procedência do pedido de dano moral. Todo o acervo instrutório está sob a autoridade do órgão judiciário (CPC, art. 131), não se podendo limitar a avaliação de cada elemento de prova à sua indicação pela parte a quem possa aproveitar. Motivada a condenação, é irrelevante pesquisar a origem das provas que a sustentam. 2.2. Na presente hipótese, o Regional é enfático ao afirmar que o autor logrou comprovar a existência de assédio moral. Recurso de revista não conhecido. [...]²⁴⁹

Destarte, mesmo fora do campo penal, os tribunais têm aceitado as provas decorrentes de gravações clandestinas, mantendo-se as mesmas ressalvas anteriormente apresentadas.

3.3.8 RR 60800-64.2005.5.17.0181

Em outro julgamento do TST, igualmente foi aceita uma gravação clandestina, sob o seguinte argumento do Ministro Relator:

Como ficou constatado que foi o próprio reclamante quem engendrou a gravação telefônica de sua conversa com o representante da empresa reclamada (Sr. Gilmar), não entendo tratar-se interceptação telefônica, mas, sim, de gravação clandestina, haja vista que não se cuidava de escuta promovida por terceiro com o desconhecimento de todos os interlocutores. Ao revés, um dos interlocutores tinha plena ciência da gravação da conversa. Assim qualificado o ato do

²⁴⁹ BRASIL. TST. RR 294-13.2010.5.09.0653, Relator: Ministro ALBERTO LUIZ BRESCIANI DE FONTAN PEREIRA, Terceira Turma, julgado em 20/02/2013, DEJT 01/03/2014. Disponível em: <
[http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR29413.2010.5.09.0653&base=acordo&rowid=AAANGhAAFAAAJMaAAT&dataPublicacao=01/03/2013&localPublicacao=D EJT&query='interceptacao entre presentes'](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR29413.2010.5.09.0653&base=acordo&rowid=AAANGhAAFAAAJMaAAT&dataPublicacao=01/03/2013&localPublicacao=D EJT&query='interceptacao entre presentes'>)>. Acesso em 07/11/2015.

reclamante, não se vislumbra qualquer ofensa ao preceito da inviolabilidade das comunicações telefônicas, disposto no art. 5º, inciso XII, da CF e, via de consequência, qualquer mácula à Lei 9296/96, que o regulamenta. Corolário lógico é a atipicidade do ato do reclamante em face da regra do art. 10 da indigitada lei.²⁵⁰

Ante todo o exposto, a presente decisão está em consonância com a jurisprudência predominante.

Dessa forma, no mesmo sentido, tem-se: RR-132200-98.2007.5.17.0010, Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, DEJT: 26/10/2012; RR-150181-04.2010.5.05.0000, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DEJT 15/06/2012; RR-21500-05.2008.5.15.0001, Des. Convocado: José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, 1ª Turma, DEJT 08/06/2012; RR-16400-26.2009.5.13.0022, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT 02/09/2011.

3.3.9 Outros julgados

A fim de se corroborar o posicionamento supra-apresentado, tem-se a ementa de outros julgados que versam sobre o tema.

HC 80949/RJ

[...]II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais. 3. Ilícitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita "conversa informal", modalidade de "interrogatório" sub- reptício, o qual - além de realizar-se sem

²⁵⁰ BRASIL. TST. RR - 60800-64.2005.5.17.0181, Ministra Relatora: DELAÍDE MIRANDA ARANTES, Sétima Turma, julgado em 28/11/2012, DEJT 19/12/2012. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR6080064.2005.5.17.0181&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAK65AAA&dataPublicacao=19/12/2012&localPublicacao=DEJT&query='interceptacao ambiental'>>. Acesso em: 07/11/2015.

as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio.[...] 4. O privilégio contra a auto-incriminação - nemo tenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não. IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. [...].²⁵¹

HC 75338/RJ

HABEAS CORPUS. PROVA. LICITUDE. GRAVAÇÃO DE TELEFONEMA POR INTERLOCUTOR. É LÍCITA A GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES, OU COM SUA AUTORIZAÇÃO, SEM CIÊNCIA DO OUTRO, QUANDO HÁ INVESTIDA CRIMINOSA DESTE ÚLTIMO. É INCONSISTENTE E FERE O SENSO COMUM FALAR-SE EM VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE QUANDO INTERLOCUTOR GRAVA DIÁLOGO COM SEQÜESTRADORES, ESTELIONATÁRIOS OU QUALQUER TIPO DE CHANTAGISTA. ORDEM INDEFERIDA.²⁵²

AI 578858 AgR/RS

CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. GRAVAÇÃO. CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR UM DOS

²⁵¹ BRASIL. STF. *HC 80949/RJ*, Relator: Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 30/10/2001, DJ 14-12-2001 PP-00026 EMENT VOL-02053-06 PP-01145 RTJ VOL-00180-03 PP-01001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78579>>. Acesso em 08/11/2015.

²⁵² BRASIL. STF. *HC 75338/RJ*, Relator: Ministro NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/1998, DJ 25-09-1998 PP-00011 EMENT VOL-01924-01 PP-00069. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75912>>. Acesso em 06/11/2015.

INTERLOCUTORES, SEM CONHECIMENTO DO OUTRO. INEXISTÊNCIA DE CAUSA LEGAL DE SIGILO OU DE RESERVA DE CONVERSAÇÃO. LICITUDE DA PROVA. ART. 5º, XII e LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, quando ausente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação não é considerada prova ilícita. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido.²⁵³

RE 212081/RO

[...]Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilícitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal HC 74.678, DJ de 15-8- 97 e HC 75.261, sessão de 24-6-97, ambos da Primeira Turma.[...].²⁵⁴

HC 80948/ES

Habeas Corpus. [...] 2. Notitia criminis originária de representação formulada por Deputado Federal com base em degravação de conversa telefônica. 3. Obtenção de provas por meio ilícito. Art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Inadmissibilidade. 4. O só fato de a única prova ou referência aos indícios apontados na representação do MPF resultarem de gravação clandestina de conversa telefônica que teria sido concretizada por terceira pessoa, sem qualquer autorização judicial, na linha da jurisprudência do STF, não é elemento invocável a servir de base à propulsão de procedimento criminal legítimo contra um cidadão, que passa a ter a situação de investigado. 5. À vista dos fatos noticiados na representação, o Ministério Público Federal poderá proceder à apuração criminal, respeitados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. 6. Habeas corpus deferido para determinar o trancamento da investigação penal contra o paciente, baseada em elemento de prova ilícita.²⁵⁵

²⁵³ BRASIL. STF. *AI 578858 AgR /RS*, Relatora: Ministra ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-08 PP-01674 RTJ VOL-00211- PP-00561. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601780>>. Acesso em 08/11/2011.

²⁵⁴ BRASIL. STF. *RE 212081/RO*, Relator: Ministro OCTAVIO GALOTTI, Primeira Turma, julgado em 05/12/1997, DJ 27-03-1998 PP-00023 EMENT VOL-01904-08 PP-01695. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=243919>> acesso em 06/11/2015.

²⁵⁵ BRASIL. STF. *HC 80948/ES*, Relator: Ministro NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 07/08/2001, DJ 19-12-2001 PP-00004 EMENT VOL-02054-02 PP-00309. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78578>> acesso em 06/11/2015.

RHC 108156/SP

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONCUSSÃO (CP, ART. 316, CAPUT). GRAVAÇÃO DE IMAGEM DO PACIENTE E OUTRO, POLICIAIS CIVIS. ILICITUDE DA PROVA POR VIOLAR O ART. 5º, INC. X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À INTIMIDADE: ABORDAGEM DE AGENTE PÚBLICO, EM LOCAL PÚBLICO E NO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA. SENTENÇA CONDENATÓRIA AMPARADA TAMBÉM EM OUTRAS PROVAS. 1. A produção e divulgação de imagem de vídeo quando da abordagem policial em "local público" não viola o art. 5º, inc. X, da Constituição Federal, posto preservar o referido cânone a "intimidade", descaracterizando a ilicitude da prova. Precedentes: HC 87.341/PR, Rel. o Min. Eros Grau, DJ de 3/3/2006, e RE 402717, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª T., DJe-030 pub. em 13.02.2009.²⁵⁶

AI 560223 AgR/SP

Criminal. [...] Escuta ambiental. Captação e interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos. Meio probatório legalmente admitido. Fatos que configurariam crimes praticados por quadrilha ou bando ou organização criminosa. Autorização judicial circunstanciada. Previsão normativa expressa do procedimento [...]²⁵⁷

HC 14336/RJ

PROCESSUAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA AUTORIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. CONTROVÉRSIA.

1. A jurisprudência desta Corte tem firmado o entendimento de que a gravação de conversa por um dos interlocutores não configura interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal.
2. Para se verificar se houve a efetiva autorização ou não por parte da ora paciente, necessária seria a realização de dilação probatória, o que não se admite nesta via constitucional.
3. Não conheço do Habeas Corpus.²⁵⁸

²⁵⁶ BRASIL. STF. *RHC 108156/SP*, Relator: Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 28/06/2011, DJe-153 DIVULG 09-08-2011 PUBLIC 10-08-2011 EMENT VOL-02563-01 PP-00040 RT v. 100, n. 913, 2011, p. 462-470. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625529>> acesso em 06/11/2015.

²⁵⁷ BRASIL. STF. *AI 560223 AgR/SP*, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 12/04/2001, DJe-079 DIVULG 28-04-2011 PUBLIC 29-04-2011 EMENT VOL-02511-01 PP-00097 LEXSTF v. 33, n. 388, 2011, p. 35-40. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622351>>. Acesso em 07/11/2015.

²⁵⁸ BRASIL. STJ. *HC 14336/RJ*, Relator: Ministro EDSON VIDIGAL, Quinta Turma, julgado em 28/11/2000, DJ 18/12/2000 p. 224 JBC vol. 39 p. 350. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=265811&num_registro=200000961787&data=20001218&formato=HTML>. Acesso em 22/11/2015.

3.4 Considerações adicionais

3.4.1 Processo penal

Não consiste em violação à intimidade, como sobredito, a gravação de conversa própria, mesmo que sem o conhecimento da outra parte, constituindo-se, inclusive, um direito de qualquer um. Contudo, a divulgação pode acarretar em violação de segredo, não sendo, entretanto, uma consequência necessária, posto que nem toda conversa possa ser considerada confidencial.

Como afirmado nos acórdãos, reconhece-se que os resultados das gravações clandestinas, não sujeitas à disciplina da interceptação telefônica, quando não violadores de princípios e garantias constitucionais, como o direito à intimidade, ou preceitos de direito material, podem ser admitidos no processo. Assim, “inexistindo na conversa objeto da gravação clandestina o direto à reserva (obrigação de guardar segredo), a outra parte pode utilizá-la validamente em juízo como prova de seu interesse”²⁵⁹, uma vez que, com relação à intimidade, não há de se falar em violação.

Nesse sentido, havendo a obrigação de se guardar segredo, ou seja, havendo um caráter de confidencialidade na comunicação, o que pode também ser identificado a partir do lugar em que ocorreu a comunicação, a divulgação da conversa, “como prova penal incriminadora, será ilícita [...], mas a *justa causa* pode descaracterizar a ilicitude quando a prova for usada em defesa dos direitos violados ou ameaçados de quem gravou e divulgou a conversa.” Nessas situações, a justa causa apareceria como uma excludente de antijuridicidade da divulgação de segredo, tipificado no artigo 153, *caput*, do Código Penal²⁶⁰, o que descaracterizaria a ilicitude do material probatório.²⁶¹

Insta registrar, lamentando-se a não regulamentação pela lei:

²⁵⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 257-258.

²⁶⁰ “O art. 153 do CP tipifica como crime a divulgação de segredo, caracterizando-a como a divulgação, sem justa causa, de conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 188.)

²⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 188.

O Projeto Miro Teixeira, numa norma de encerramento, descaracterizava expressamente a ilicitude da divulgação do resultado da gravação clandestina de conversa (telefônica ou não) própria, quando a prova servisse para a tutela de direito ameaçado ou violado de quem houvesse gravado a conversa (art. 12).²⁶²

Ressalta-se também que, especialmente quando se tratar de prova em favor do réu, “ainda que haja ilicitude, pode esta ceder em face de outro interesse jurídico proporcionalmente mais relevante que a intimidade, como, por exemplo, a vida ou a saúde, ou o direito à ampla defesa”²⁶³. Nota-se ainda que, em diversos julgados, mesmo sendo a prova considerada lícita, é reforçada a sua validade quando é tida como meio de prova da inocência do réu, haja vista a sua suma importância, como se observa no julgado apresentado:

Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou.²⁶⁴

Portanto, à luz dos critérios defendidos pela doutrina e utilizado pela jurisprudência no caso de ilicitudes, como a proporcionalidade e a justa causa, infere-se que o exame da admissibilidade das interceptações ambientais e das gravações clandestinas seja feita pontualmente em cada caso concreto, não se podendo, *a priori*, aceitá-las ou rejeitá-las indiscriminadamente como meio de prova.

No que tange as interceptações ambientais, com o desconhecimento de todos os participantes da conversa ou de um deles, também se assentou o posicionamento acerca de sua admissibilidade, ressaltando-se as provas ilícitas, as quais, na análise das peculiaridades do caso concreto, poderão ser

²⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 189.

²⁶³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 258.

²⁶⁴ BRASIL. STF. *RE 402717/PR*, Relator: Ministro CESAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-030 DIVULG 12-02-2009 PUBLIC 13-02-2009 EMENT VOL-02348-04 PP-00650 RTJ VOL-00208-02 PP-00839 RT v. 98, n. 884, 2009, p. 507-515. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=575931>> acesso em 06/11/2015.

aceitas a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, especialmente se em favor do réu. Infere-se, portanto, que, de uma prova decorrente de uma interceptação ambiental, não se pode pressupor, de antemão, que ela será ilícita.

Como dito, não se enquadram na proteção constitucional do artigo 5º, XII da CF, que se refere ao sigilo das comunicações. Entretanto, vale a mesma ressalva existente para as gravações clandestinas, uma vez que, caso se trate de uma comunicação com uma causa legal de sigilo ou reserva de comunicação – “direito de não ver divulgadas notícias concernentes à vida privada”²⁶⁵ -, haverá violação à intimidade quando um terceiro – o responsável pela interceptação - passar a ter ciência desse conteúdo sigiloso.

Destaca-se, novamente, que o local em que o foi transcorrido o diálogo é um importante critério para se aferir uma suposta violação à intimidade. Desse modo, na situação em que um crime está sendo cometido em via pública e um transeunte o grava, inexistente direto ao segredo, pois:

[...] quem se expõe em público não tem expectativa de privacidade, nem direito à reserva, pois qualquer um pode relatar o que ocorreu em via pública. Resulta claro que nessa hipótese a prova consistente na interceptação ambiental (registro de sons e imagens por um terceiro), conquanto atípica, não tem restrições à sua admissibilidade no processo, já que não viola a intimidade.²⁶⁶

O mesmo não ocorre quando a gravação se dá no interior de um lugar onde se tenha expectativa de privacidade, como no domicílio. Assim, revela-se ilícita a prova constituída dessa maneira, não servindo como meio hábil a se obter uma condenação penal – haja vista a rejeição de boa parte da doutrina em se falar na aplicação do princípio da proporcionalidade *pro societate* -, com a exceção no caso em que houvesse previsão legal que disciplinasse as hipóteses de admissibilidade, uma vez que somente à lei seria permitido violar à intimidade a favor do direito à prova pela acusação.²⁶⁷

²⁶⁵ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 270.

²⁶⁶ Idem, ibidem. p. 271.

²⁶⁷ Idem, ibidem. p. 272-273.

Dessa maneira, caso a prova seja violadora de preceito constitucional, entende-se que, salvo a hipótese prevista em lei para as organizações criminais, a interceptação ambiental será ilícita.²⁶⁸

Sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade, parte da doutrina rejeita a aplicação do princípio sob a justificativa *pro societate* por considerarem, principalmente, que o direito à prova e uma pretensa busca pela verdade real sob ótica punitiva do Estado não são suficientes ao afastamento das garantias constitucionais e que, se assim fossem considerados, o sistema da vedação à prova ilícita perderia a sua efetividade prática, haja vista que constantemente seria ignorado. Contudo, é possível notar em certas decisões argumentos tais como que o direito à intimidade e a consequente restrição à prova ilícita “não deve prevalecer sobre o interesse público na apuração e punição de eventual delito”²⁶⁹, o qual contrasta com argumentos como o que:

[...] Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo [...], resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade [...] para sobrepôr, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação [...].²⁷⁰

Ou como:

O só fato de a única prova ou referência aos indícios apontados na representação do MPF resultarem de gravação clandestina de conversa telefônica que teria sido concretizada por terceira pessoa, sem qualquer autorização judicial, na linha da jurisprudência do STF, não é elemento invocável a servir de

²⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 187.

²⁶⁹ BRASIL. STJ. *HC 87339/SP*, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, julgado em 14/10/2008, DJe 03/11/2008, Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4318196&num_registro=200701696181&data=20081103&tipo=91&formato=HTML > acesso em 06/11/2015.

²⁷⁰ BRASIL. STF. *HC 80949/RJ*, Relator: Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 30/10/2001, DJ 14-12-2001 PP-00026 EMENT VOL-02053-06 PP-01145 RTJ VOL-00180-03 PP-01001. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78579> >. Acesso em 08/11/2015.

base à propulsão de procedimento criminal legítimo contra um cidadão, que passa a ter a situação de investigado.²⁷¹

De todo modo, nota-se, ante o exposto, que o que deve ser protegido, tanto na gravação clandestina quanto na interceptação ambiental, é o conteúdo secreto da comunicação em face de terceiros, o qual pode ser violado no momento em que um terceiro intercepta uma comunicação ambiental, ou quando um dos interlocutores divulga o conteúdo de uma gravação para outras pessoas. Não se caracterizando essa violação, ou qualquer outra violação de ordem constitucional ou material – como no caso do direito ao silêncio - as provas serão consideradas lícitas.

3.4.2 Processo extrapenal

Com relações às gravações clandestinas, destaca-se que, não se constituindo em um meio legalmente ou moralmente ilícito “a jurisprudência e a doutrina brasileira têm se inclinado, em meio a divergências sobre sua ilicitude, em admitir como válido esse meio de prova”. Isto é, assim como acontece no processo penal, não sendo a prova caracterizada como ilícita em sua origem, e nos casos em que se tratar de pura reprodução de conversa entre as partes e gravada por uma delas, não dotada de confidencialidade e do direito à reserva – porquanto seja a expectativa de não ver divulgados fatos confidenciais confiados a um interlocutor –, os Tribunais Superiores tendem a aceitá-las como meio de prova hábil a formar a convicção do julgador.

Dessa forma, caso tenha havido divulgação de segredo ou violação do sigilo profissional (artigos 153 e 154 do Código Penal), violação da confiança profissional, da lealdade entre as partes, ou tenha se dado mediante perguntas dirigidas (*leading questions*), ou ainda se trate de um interlocutor manipulável facilmente (crianças, idosos, doentes, pessoas carentes), entre outras questões, a configuração prévia licitude da prova fica comprometida, acarretando em sua inadmissibilidade.

²⁷¹ BRASIL. STF. HC 80948/ES, Relator: Ministro NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 07/08/2001, DJ 19-12-2001 PP-00004 EMENT VOL-02054-02 PP-00309. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78578>>. Acesso em 06/11/2015.

Ademais, em certos casos, a depender da intenção do agente, essas violações podem ocorrer no âmbito da imoralidade, mesmo que não se constitua em um ilícito, como no caso em que se obtém uma declaração através de perguntas dirigidas e tendenciosas que induzem o interlocutor a falar o que se espera, ocorrendo, sobretudo, quando se está diante de um interlocutor facilmente manipulável. Nesses casos, essas gravações sofreram as consequências pertinentes às provas moralmente ilegítimas.²⁷²

Com relação à interceptação ambiental, aponta-se que a “utilização como prova regula-se pelos mesmos critérios da admissibilidade das provas lícitas em geral: inexistindo violação a preceitos de ordem constitucional ou de direito material, a interceptação ambiental é de ser reputada admissível”.²⁷³

Entretanto, a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, podem ser admitidas as gravações clandestinas e as interceptações no processo extrapenal mesmo que ilícitas. Ou seja, havendo-se um interesse superior que contraponha o valor violado, a prova pode ser aceita.

Contudo, conforme explicitado quando se abordara o princípio em questão, tem-se uma restrição a sua aplicação quando da ocorrência de provas moralmente ilegítimas, as quais, por nem mesmo ingressarem a seara jurídica, não são aptas ao cotejo com valores jurídicos, devendo ser excluídas do processo.

Em remate, tem-se lição de Avolio:

Em situações extramente, pois, graves, que escapam à esfera penal, entendemos perfeitamente aplicável o princípio da proporcionalidade de molde a legitimar o sacrifício da *privacy* em prol da defesa de bem jurídico mais relevante, possibilitando-se, por exemplo, evitar cautelarmente a ocorrência de danos irreparáveis. Mas isto não implica em aceitar a interceptação telefônica autorizada pelo juiz para o processo civil, de forma a tornar lícito e utilizável no processo o seu resultado. Limitamo-nos, pois, a admitir, por via do princípio da proporcionalidade, a escuta telefônica, para fins cautelares e não como instrumento de prova. Já quanto à gravação clandestina [também se aplica à interceptação ambiental], na medida em que não implique em violação do direito à reserva, nem se afigure moralmente ilegítima, pode comportar justa causa e ser admitida como prova.²⁷⁴

²⁷² AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 260-261, 300.

²⁷³ Idem, ibidem. p. 270.

²⁷⁴ Idem, ibidem. p. 193.

Com base nos julgados dos Tribunais Superiores e no entendimento da doutrina, infere-se que, não estando as gravações clandestinas e as interceptações ambientais incluídas na exceção constitucional do art. 5º, XII, da Constituição Federal, bem como não estando regulamentadas pela Lei 9.296/96, uma vez que não sejam ilícitas ou afrontem a moralidade, não se encontra óbice a sua utilização como meio de prova fora do processo penal. Prevalece, nos demais casos, a lógica do razoável.

CONCLUSÃO

As gravações clandestinas e as interceptações ambientais, embora não estejam previstas em lei, ficando de fora da regulamentação exercida pela Lei nº 9.296/96 sobre as interceptações telefônicas, podem ser utilizadas como prova processual, posto que não se deva, de antemão, classificá-las como ilícitas, sendo necessária a análise de cada caso para se concluir pela sua admissibilidade, seja no processo penal, seja no processo extrapenal, não importando a restrição constitucional que possibilita as interceptações telefônicas apenas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Os diversos julgados analisados do Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, em consonância com grande parte da doutrina, reconhecem que os resultados das gravações realizadas por um dos interlocutores sem o conhecimento de ao menos um dos outros participantes do diálogo, seja esse realizado por telefone ou entre presentes; assim como as gravações realizadas por terceiros de conversas no mesmo ambiente, em sua essência, não são violadoras da proteção constitucional à intimidade, à privacidade e ao sigilo das comunicações, sendo, portanto, reputadas como lícitas.

Destarte, serão ilícitas quando violadoras de normas constitucionais ou legais. Como se infere do cotejo analítico entre os julgados e a doutrina, serão violadoras da intimidade e da privacidade quando, no caso das gravações clandestinas, houver a divulgação do conteúdo secreto da conversa, ou seja, quando houver direito à reserva ou causa legal de sigilo, o que pode ser inferido, por exemplo, a partir do local em que se deu a conversa. O mesmo vale para as interceptações ambientais, as quais poderão compor o processo a fim de formar o convencimento do julgador acerca da veracidade dos fatos suscitados quando não se referirem a conversas confidenciais.

Por fim, destaca-se que, mesmo que violadoras dos preceitos constitucionais ou legais, essas gravações também terão eficácia probatória quando da existência de justa causa – utilizada na defesa de direito por quem gravou a conversa –, ou através da criteriosa aplicação do princípio da proporcionalidade.

Sendo assim, depreende-se que, na busca pelo processo justo e pela justiça social, através da utilização do processo como instrumento de pacificação social e solução de conflitos, a atividade probatória exerce um papel de fundamental importância, sendo um dos principais meios para a consecução e concretização desses objetivos. Por tais razões, a utilização das gravações clandestinas e das interceptações ambientais, para serem admissíveis como prova processual, sempre deve se dar de modo a contribuir para a formação de um processo mais justo, pautado em valores éticos e na eficiência na resolução de conflitos, não podendo ser utilizadas como instrumento de retaliação, repressão ou de violação dos direitos fundamentais, resguardando-se os preceitos legais e constitucionais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Brasil. *Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília, Senado Federal, 2010, nota 6. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/SENADO/NOVOCPC/PDF/ANTEPROJETO.PDF>>. Acesso em 17/11/2015.

BRASIL, *Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10217.htm>. Acesso em 25/10/2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25/05/2015.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 10/08/2015.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 25/05/2015.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 10/08/2015.

BRASIL. *Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em 25/10/2015.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10/08/2015.

BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869compilada.htm>. Acesso em 10/08/2015.

BRASIL. *Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm>. Acesso em 25/10/2015.

BRASIL. *Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm>. Acesso em 10/10/2015.

BRASIL. STF. *AI 560223 AgR/SP*, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 12/04/2001, DJe-079 DIVULG 28-04-2011 PUBLIC 29-04-2011 EMENT VOL-02511-01 PP-00097 LEXSTF v. 33, n. 388, 2011, p. 35-40. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622351>>. Acesso em 07/11/2015.

BRASIL. STF. *AI 578858 AgR /RS*, Relatora: Ministra ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-08 PP-01674 RTJ VOL-00211- PP-00561. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601780>>. Acesso em 08/11/2011.

BRASIL. STF. *HC 69912 /RS*, Relator: Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/1993, DJ 26-11-1993 PP-25532 EMENT VOL-01727-02 PP-00321. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72076>>. Acesso em: 27/10/2015.

BRASIL. STF. *HC 74356/SP*, Relator: Ministro OCTAVIO GALOTTI, Primeira Turma, julgado em 10/12/1996, DJ 25-04-1997 PP-15201 EMENT VOL-01866-03 PP-00593. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75173>>. Acesso em 07/11/2015.

BRASIL. STF. *HC 75338/RJ*, Relator: Ministro NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/1998, DJ 25-09-1998 PP-00011 EMENT VOL-01924-01 PP-00069. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75912>>. Acesso em 06/11/2015.

BRASIL. STF. *HC 80948/ES*, Relator: Ministro NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 07/08/2001, DJ 19-12-2001 PP-00004 EMENT VOL-02054-02 PP-00309. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78578>>. Acesso em 06/11/2015.

BRASIL. STF. *HC 80949/RJ*, Relator: Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 30/10/2001, DJ 14-12-2001 PP-00026 EMENT VOL-02053-06 PP-01145 RTJ VOL-00180-03 PP-01001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78579>>. Acesso em 08/11/2015.

BRASIL. STF. *MS 23669/DF*, Relator: Ministro CELSO DE MELLO, Decisão Monocrática, julgado em 08/02/2001, DJ 14/02/2001 PP-00017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000046215&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 08/11/2015.

BRASIL. STF. *PET 577 QO/DF*, Relator: Ministro CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 25/03/1992, DJ 23-04-1993 PP-06918 EMENT VOL-01700-01 PP-00012 RTJ VOL-00148-02 PP-00366. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86437>>. Acesso em: 07/11/2015.

BRASIL. STF. *RE 212081/RO*, Relator: Ministro OCTAVIO GALOTTI, Primeira Turma, julgado em 05/12/1997, DJ 27-03-1998 PP-00023 EMENT VOL-01904-08 PP-01695. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=243919>> acesso em 06/11/2015.

BRASIL. STF. *RE 251445/GO*, Relator: Ministro CELSO DE MELLO, Decisão Monocrática, julgado em 21/06/2000, DJ 03/08/2000 PP-00068. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000048550&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 21/11/2015.

BRASIL. STF. *RE 402717/PR*, Relator: Ministro CESAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-030 DIVULG 12-02-2009 PUBLIC 13-02-2009 EMENT VOL-02348-04 PP-00650 RTJ VOL-00208-02 PP-00839 RT v. 98, n. 884, 2009, p. 507-515. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=575931>> acesso em 06/11/2015.

BRASIL. STF. *RE 583937 QO-RG/RJ*, Relator: Ministro CESAR PELUSO, julgado em 19/11/2009, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-10 PP-01741 RTJ VOL-00220- PP-00589 RJSP v. 58, n. 393, 2010, p. 181-194, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607025>> acesso em 06/11/2015.

BRASIL. STF. *RHC 108156/SP*, Relator: Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 28/06/2011, DJe-153 DIVULG 09-08-2011 PUBLIC 10-08-2011 EMENT VOL-02563-01 PP-00040 RT v. 100, n. 913, 2011, p. 462-470. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625529>> acesso em 06/11/2015.

BRASIL. STJ. *HC 14336/RJ*, Relator: Ministro EDSON VIDIGAL, Quinta Turma, julgado em 28/11/2000, DJ 18/12/2000 p. 224 JBC vol. 39 p. 350. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=265811&num_registro=200000961787&data=20001218&formato=HTML>. Acesso em 22/11/2015.

BRASIL. STJ. *HC 251132/RS*, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, julgado em 25/02/2014, DJe 07/03/2014 RSTJ vol. 234 p. 550. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32723062&num_registro=201201672003&data=20140307&tipo=51&formato=HTML>. Acesso em 06/11/2015.

BRASIL. STJ. *HC 57961/SP*, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/06/2007, DJ 12/11/2007 p. 242, Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3184728&num_registro=200600858614&data=20071112&tipo=91&formato=HTML>. Acesso em: 06/11/2015.

BRASIL. STJ. *HC 87339/SP*, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, julgado em 14/10/2008, DJe 03/11/2008, Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4318196&num_registro=200701696181&data=20081103&tipo=91&formato=HTML> acesso em 06/11/2015.

BRASIL. TST. *RR - 60800-64.2005.5.17.0181*, Ministra Relatora: DELAÍDE MIRANDA ARANTES, Sétima Turma, julgado em 28/11/2012, DEJT 19/12/2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR6080064.2005.5.17.0181&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAK65AAA&dataPublicacao=19/12/2012&localPublicacao=DEJT&query='interceptacao ambiental'>>. Acesso em: 07/11/2015.

BRASIL. TST. *RR 294-13.2010.5.09.0653*, Relator: Ministro ALBERTO LUIZ BRESCIANI DE FONTAN PEREIRA, Terceira Turma, julgado em 20/02/2013, DEJT 01/03/2014. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR29413.2010.5.09.0653&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAJMaAAT&dataPublicacao=01/03/2013&localPublicacao=DEJT&query='interceptacao entre presentes'>>. Acesso em 07/11/2015.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre El Proceso Civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografia Argentina, 1945.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*: parte I. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*. Trad. Enrique Figueroa Alfonso. Colonia San Rafael: Episa, 1997.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Trad. Paolo Capitanio Campinas: Bookseller, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. IV.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009 *apud* Brasil. *Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília, Senado Federal, 2010, nota 6. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/SENADO/NOVOCPC/PDF/ANTEPROJETO.PDF>. Acesso em 17/11/2015.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. 5. ed., Bogotá: Temis, 2002, t. I, n. 63.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997 *apud* LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed., versão digital. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. *Interceptação Telefônica: Lei 9.296 de 24.7.1996*. São Paulo: RT, 1997.

GOMES, Magno Federici. Artigo: Provas Ilícitas no Processo Penal *in* *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Ano V, nº 30, jun./jul. 2009.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação Telefônica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

JESUS, Damásio Evangelista de Jesus. *Código de Processo Penal Anotado*. 25. ed. versão digital. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed., versão digital. São Paulo: Saraiva, 2014.

MALATESTA, Nicola Framariano Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2008.

MONTEIRO, João. *Curso de Processo Civil*. 3. ed., v. II, §122, nota 2 *apud* THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed. versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as Provas Ilicitamente Adquiridas *in* Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 4, jul./dez. 1996.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis 12.830, 12.850 e 12.878 todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Souza, Miguel Teixeira de. *Um novo processo civil português: à la recherche du tem os perdu? Novos rumo da Justiça Cível*. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 2009 *apud* THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed. versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987, v. I *apud* THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed. versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TAVARES, Fernando Horta. *Acesso ao direito, duração razoável do procedimento e tutela jurisdicional efetiva nas constituições brasileiras e portuguesas: um estudo comparativo*. In MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni (coords.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009 *apud* THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed., versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed., versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 32ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. III.